



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO SERRANO SOUZA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROPAGANDA ELEITORAL: O
CONFLITO ENTRE O DIREITO À IMAGEM DO CANDIDATO E O
DIREITO À INFORMAÇÃO DO ELEITOR**

São Cristóvão/SE
2017

MARCELO SERRANO SOUZA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROPAGANDA ELEITORAL: O
CONFLITO ENTRE O DIREITO À IMAGEM DO CANDIDATO E O
DIREITO À INFORMAÇÃO DO ELEITOR**

Dissertação de Mestrado, exigida como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, apresentado ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe, sob a orientação da Professora Doutora Jussara Maria Moreno Jacintho.

São Cristóvão/SE
2017

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROPAGANDA ELEITORAL: O CONFLITO ENTRE O DIREITO À IMAGEM DO CANDIDATO E O DIREITO À INFORMAÇÃO DO ELEITOR

Dissertação de Mestrado, exigida como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, apresentado ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe, sob a orientação da Professora Doutora Jussara Maria Moreno Jacintho.

Aprovada em 22 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora

Jussara Maria Moreno Jacintho _____
Presidente/Orientadora
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Professora da Pós-Graduação em Direito junto à Universidade Federal de Sergipe.

Flávia de Ávila _____
Examinadora Interna
Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Professora da Pós-Graduação em Direito junto à Universidade Federal de Sergipe.

Andrea Depieri de Albuquerque Reginato _____
Examinadora Externa
Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Sergipe.
Professora Efetiva do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

AGRADECIMENTOS

A Deus,
fonte de segurança.

À minha família,
pelo apoio incondicional,
pela esperança depositada,
e por compreender os meus sonhos.

Ao meu amor, Caroline,
pelo bem querer.

À Professora Doutora Jussara Maria Moreno Jacintho,
pela prestimosa orientação,
e pelas sugestões sempre pertinentes.

Às Professoras Doutoradas Flávia de Ávila e Andrea Depieri de Albuquerque Reginato,
por aceitarem gentilmente o convite e enriquecerem a pesquisa.

Aos meus estimados colegas,
pelo aprendizado contínuo e duradouro em sala de aula,
e pela demonstração mais sincera de união.

“Uma vez que a felicidade é, então, uma atividade da alma conforme à virtude perfeita, é necessário considerar a natureza da virtude, pois isso talvez possa nos ajudar a compreender melhor a natureza da felicidade. E também parece que o homem verdadeiramente político é aquele que estudou a virtude acima de todas as coisas, visto que ele deseja tornar os cidadãos homens bons e obedientes às leis.”

(Aristóteles)

RESUMO

A atribuição de sentidos abstratos e concretos pela hermenêutica às instituições democráticas caminha a favor da soberania do povo, de modo que a participação política em assuntos de interesse local pode revelar o grau de cidadania de uma sociedade. A liberdade de expressão, como direito fundamental da pessoa humana, é um dos sustentáculos do próprio Estado Democrático de Direito e abrange a liberdade de pensamento, de opinião e de comunicação. Proceder-se-á ao exame da captação de votos para efeito de formação da vontade popular, de modo a consubstanciar análise crítica sobre o estabelecimento de regras para os meios de comunicação de massa, sob o fundamento de que os referidos veículos de informação poderiam comprometer a máxima igualdade da disputa eleitoral. O objetivo da presente dissertação consiste em perquirir a colisão de direitos fundamentais intrinsecamente relacionados ao período eleitoral, bem assim demonstrar tentativas de se conferir racionalidade aos meios de controle de eventual decisão judicial nessa matéria. A metodologia cingir-se-á à análise normativa da matéria, além dos fundamentos e conclusões expendidos em julgados específicos, a exemplo da Representação n. 165.865/TSE. Por fim, serão apresentadas como hipóteses: a possibilidade de restrição das normas referentes à propaganda eleitoral em benefício da isonomia entre os candidatos e da própria lisura do pleito; a adequação da propaganda eleitoral à sua função primária, qual seja, a de levar ao conhecimento do eleitor as propostas concretas e os programas de governo, sem adentrar ao campo das ofensas pessoais ao candidato concorrente; a valorização do interesse público para resolver o conflito entre o direito à imagem do candidato e o direito à informação do eleitor.

Palavras-chave: Hermenêutica Constitucional. Democracia Participativa. Soberania do Povo. Propaganda Eleitoral. Direito à Informação do Eleitor. Direito à Imagem do Candidato.

ABSTRACT

The attribution of abstract and concrete meanings by hermeneutics to democratic institutions is in favor of the sovereignty of the people, so that political participation in matters of local interest can reveal the degree of citizenship of a society. Freedom of expression, as a fundamental right of the human person, is one of the pillars of the Democratic State of Law itself and includes freedom of thought, opinion and communication. It will be examined the capture of votes for the purpose of forming the popular will, in order to substantiate a critical analysis on the establishment of rules for the mass media, on the grounds that such information vehicles could compromise the maximum equality of the electoral contest. The objective of this dissertation is to investigate the collision of fundamental rights intrinsically related to the electoral period, as well as to demonstrate attempts to give rationality to the means of control of eventual judicial decision in this matter. The methodology will be limited to the normative analysis of the matter, besides the foundations and conclusions expounded in specific judgments, like the Representation n. 165.865/TSE. Finally, the following hypotheses will be presented: the possibility of restricting the norms related to electoral propaganda in favor of the equality between the candidates and the smoothness of the lawsuit; the adequacy of electoral propaganda to its primary function, namely, to bring concrete proposals and government programs to the attention of the electorate, without entering the field of personal offenses against the competing candidate; the appreciation of the public interest to resolve the conflict between the right to the image of the candidate and the right to information of the voter.

Key-words: Constitutional Hermeneutics. Participative Democracy. People's sovereignty. Electoral advertising. Right to Voter Information. Right to the Candidate's Image.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - A DEMOCRACIA E A SOBERANIA DO POVO SOB O OLHAR DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	12
1. O discurso: interpretação e aplicação	12
2. Retórica e Democracia	20
3. Bases para uma argumentação jurídica	24
4. Os sentidos do ideal republicano e da soberania do povo para a construção de uma democracia participativa	27
CAPÍTULO II - DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DA CIDADANIA	39
1. Direitos de participação política e o Estado Democrático de Direito	39
2. A cidadania e o acesso à informação	43
2.1. Previsão normativa do direito à informação	45
2.2. Direito à informação como meio de efetivação da participação popular e da cidadania	50
2.2.1. Cidadania e Democracia	50
2.2.2. Cidadania e Liberdade de Expressão	54
2.2.3. Cidadania e Direitos Sociais	57
CAPÍTULO III – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A IMAGEM DO CANDIDATO A CARGO OU MANDATO POLÍTICO	60
1. O desenvolvimento dos direitos da personalidade em um Estado Democrático de Direito	60
2. A própria imagem como objeto de proteção normativa: imagem-retrato e imagem-atributo	63

3. A propaganda eleitoral e a construção da imagem-atributo do candidato perante os eleitores	65
3.1. A sinceridade partidária perante o público e o compromisso firmado entre eleitor, partido e candidato	66
3.2. Marketing político e o poder da comunicação – a captação da vontade do eleitor e o princípio da máxima igualdade entre os candidatos	70
3.3. Os limites normativos da propaganda eleitoral	75
3.4. As ideias propositivas e o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral: análise e crítica	78
CONCLUSÕES	89
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece como norma estruturante do Direito Eleitoral o princípio constitucional da máxima igualdade entre os candidatos, sobretudo em homenagem ao ideal republicano, que impõe uma rigorosa fiscalização das campanhas eleitorais. De fato, o controle da propaganda eleitoral é tema dos mais polêmicos, considerando a evidente colisão entre direitos fundamentais, a exemplo do direito à informação do eleitor e do direito à imagem do candidato.

A adoção do pluralismo político como fundamento do Estado brasileiro pressupõe um debate de opiniões políticas por todos os cidadãos, sem qualquer espécie de ato discriminatório. E não se trata de qualquer participação, mas sim de conceder voz aos indivíduos que pretendem contribuir para a escolha dos seus representantes, sempre com respeito e salvaguarda permanentes à participação popular e à dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre pluralismo, deve-se mencionar a possibilidade de se criar entre candidatos concorrentes a cargo ou mandato político a cultura do agonismo e não do antagonismo, ou seja, há de se ver os candidatos como adversários legítimos que disputam o voto do eleitor mediante o livre fluxo de argumentos e informações, e não como inimigos que sequer reconhecem ao outro o direito de expor suas propostas ao eleitor.

O conceito de democracia participativa pode ser extraído de contribuições de sociedades democráticas consolidadas, a exemplo daquela vigente nos Estados Unidos da América. Nesse ponto, a presente dissertação se utilizou de concepções teóricas descritas por Alexis de Tocqueville que, apesar de idealizadas há muitos anos, tornou-se atual diante do cenário político brasileiro de crise institucional.

E é justamente em razão da necessidade de se atribuir sentidos abstratos e concretos aos termos analisados nesta dissertação – direito à informação do eleitor e direito à imagem do candidato, ambos sob a ótica do Estado Democrático de Direito – que a abordagem do primeiro capítulo recairá sobre a Hermenêutica Constitucional.

A liberdade de expressão é um princípio constitutivo do Estado Democrático de Direito, mas não impede eventual fiscalização do conteúdo das mensagens políticas dos candidatos pela Justiça Eleitoral. De todo modo, os limites à liberdade de expressão devem ser impostos com cautela, haja vista a sua posição fundamental na estrutura democrática de uma nação. O Poder Judiciário apenas deve intervir a favor do direito à imagem do candidato quando ausente o interesse público na divulgação de certa informação a respeito de um candidato e, ainda, esse fato lhe cause um constrangimento tal que interfira em sua condição

de pessoa humana.

O princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral implica a coibição dos abusos que viciam a livre formação da vontade do eleitor, razão pela qual a legislação específica inibe a propaganda eleitoral que expõe ou ridiculariza os outros candidatos mediante veiculação de informações sabidamente inverídicas ou injuriosas, difamatórias e caluniosas.

A propaganda eleitoral tem por finalidade precípua a divulgação de propostas concretas e exequíveis em benefício da sociedade, de modo a despertar na consciência do eleitorado a necessidade de conferir o voto de confiança a determinado candidato – no ideário popular, o candidato mais preparado –, cenário que repercute na realização de uma eleição livre e justa.

No entanto, há propagandas que sequer apresentam ideias propositivas, mas tão somente veiculam ofensas à honra do adversário político, sejam baseadas ou não em matéria jornalística ou em outros elementos informativos, de tudo a revelar o uso indevido dos meios de comunicação social para influenciar o resultado das eleições.

Nesta dissertação, toma-se como referencial teórico para o estudo constitucional da imagem as lições de Luiz Alberto David Araújo em obra específica sobre o tema. Em síntese, a imagem pode ser classificada em imagem-retrato e imagem-atributo, sendo a primeira uma espécie de reprodução visual das características físicas do indivíduo e a segunda uma espécie de conjunto de atributos inerentes a uma pessoa em determinado contexto e em seu convívio social.

A seleção de informações e a decisão sobre o modo como serão apresentadas ao público-alvo são consequências naturais da atuação dos veículos de comunicação social. Essa inevitável parcialidade influencia, por óbvio, a formação da opinião pública e da vontade do eleitor, sobretudo porque se está diante de uma prévia e restrita definição de temas políticos para o debate.

No julgamento da Representação n. 1658-65/DF e, mais recentemente, na apreciação do Agravo de Instrumento n. 102.861/BA, o Tribunal Superior Eleitoral fixou novas diretrizes jurisprudenciais sobre o conteúdo que pode ser veiculado no horário eleitoral gratuito nos canais de comunicação.

Em síntese, o Tribunal Superior Eleitoral assentou que candidatos, partidos e coligações devem privilegiar os debates políticos de interesse do país, por meio de propostas e programas de governo, atendendo à finalidade da propaganda eleitoral gratuita e respeitando a integridade do espaço destinado ao esclarecimento do eleitor.

Conforme será demonstrado ao leitor, esta dissertação diverge do referido entendimento, considerando que a veiculação de informações a respeito do candidato é essencial à formação da convicção popular em torno de um candidato para lhe conferir a representação. E aqui se admite, inclusive, a divulgação de fatos que, a princípio, seriam atinentes à sua vida pessoal, mas que, se analisados além da ótica individual, possuem nítida relevância para a coletividade dos eleitores.

A importância do presente trabalho está em que a liberdade de expressão é um dos pilares de sustentação do regime democrático e do próprio ideário republicano, bem assim que os direitos à imagem e à informação estão inseridos no catálogo de direitos e garantias fundamentais.

Além disso, a definição do “marketing” político na conjuntura das eleições afigura-se meio eficaz para avaliar a influência dos veículos de comunicação social na formação da opinião pública e, por consequência, da convicção de que determinado candidato é o mais preparado para assumir um cargo ou mandato político.

O trabalho aponta a proximidade entre “marketing” político e “marketing” comercial, inclusive observa o surgimento da figura do eleitor-consumidor. Ainda, estuda a informação sob o viés da grande mídia como espaço de produção e manutenção de poder.

Dessa forma, a pesquisa se justifica por sua importância teórica, sobretudo para se conhecer os limites da propaganda eleitoral e de atuação do Poder Judiciário. Caso contrário, até mesmo de forma subliminar, permitir-se-ia a violação aos direitos à informação e à imagem, bem como ao princípio da isonomia entre os candidatos e, por conseguinte, às normas estruturantes do próprio sistema eleitoral, a exemplo do ideal republicano, do regime democrático e da vontade popular.

E o contexto que levou à escolha do tema é o cenário da propaganda eleitoral veiculada no segundo turno das eleições presidenciais de 2014, no Brasil, ocasião em que se verificou a utilização massiva de informações sobre a vida pretérita e a honra dos candidatos frente ao eleitorado.

Considerando os objetivos gerais, a presente dissertação pretende selecionar e analisar a tensão existente entre a propaganda eleitoral e a liberdade de expressão.

Dentre os objetivos específicos desta dissertação, pretende-se, com base na Constituição Federal e nos princípios estruturantes do Direito Eleitoral, esclarecer a viabilidade ou não de se proceder à restrição da liberdade de expressão por meio da intervenção do Poder Judiciário.

Ainda, busca-se avaliar se o princípio da máxima isonomia entre os candidatos permanece incólume ante as novas tecnologias utilizadas pela imprensa ao longo da disputa eleitoral, inclusive na propaganda eleitoral por meio da rede mundial de computadores.

A abordagem metodológica do tema será realizada, principalmente, pela via dedutiva, por meio de pesquisa normativa nos ramos do direito constitucional, do direito eleitoral e do direito civil, bem como da análise da jurisprudência pátria.

Em linhas gerais, o primeiro capítulo trata da atribuição de sentidos abstratos ao termo soberania do povo como pressuposto para a definição de um sentido concreto para democracia participativa, sem olvidar para a relevância do princípio republicano. Ainda, destaca-se a atualidade da obra de Alexis de Tocqueville para analisar o cenário político brasileiro, assim como outros autores que com ele dialogam.

Já o segundo capítulo aborda o direito à informação como essencial ao desenvolvimento de uma cidadania compatível com o Estado Democrático de Direito, sobretudo no tocante à efetiva participação política nos assuntos de relevância social e para a coletividade.

O terceiro capítulo analisa a proteção constitucional do direito à imagem, de maneira a apresentar classificação entre imagem-retrato e imagem-atributo. Ademais, o estudo recairá sobre as peculiaridades da propaganda eleitoral na construção da imagem-atributo do candidato em relação aos seus eleitores.

Ao final, por meio de exame jurisprudencial e do raciocínio desenvolvido nos dois primeiros capítulos, a pesquisa apresentará circunstâncias fáticas para concluir em quais situações o direito à informação do eleitor prevalecerá sobre o direito à imagem do candidato no âmbito da propaganda eleitoral.

CAPÍTULO I

A DEMOCRACIA E A SOBERANIA DO POVO SOB O OLHAR DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1. O discurso: interpretação e aplicação

De início, é necessário esclarecer ao leitor as razões pelas quais a presente dissertação se inicia pela análise da hermenêutica constitucional.

O objeto de pesquisa é o conflito entre o direito à informação do eleitor e o direito à imagem do candidato decorrente da veiculação de propaganda eleitoral. Para resolver esse problema, convém estabelecer o modo de atribuição de sentidos aos termos envolvidos na referida colisão, em especial sob a ótica de um estado democrático de direito e do correlato princípio da soberania popular.

Não obstante, a compreensão do conteúdo da propaganda eleitoral exige a delimitação fática e temporal do sujeito que transmite a mensagem e daquele que a recebe, de modo a se considerar relevante o contexto do local em que se pretende a produção de efeitos da informação a ser transmitida.

Diante da concepção de que o sistema eleitoral brasileiro, apesar das críticas de legitimidade, permanece como representativo, bem assim que a propaganda eleitoral é um instrumento de diálogo entre o candidato/representante e o eleitor/representado, deve-se iniciar o estudo pela hermenêutica constitucional para efeito de atribuir sentidos coerentes com o ordenamento jurídico vigente.

Como atividade humana, a interpretação envolve a atribuição de significados a eventos inerentes à vida em sociedade, seja por meio de gestos, frases, símbolos ou imagens. Os grandes intérpretes são aqueles que desvendam sentidos inacessíveis às pessoas comuns, de modo a compreender os segredos – algo que ainda não se sabe, mas que é possível decifrar.

É justamente por compreender o mundo, que o homem integra um território simbólico pleno de significados, e não apenas um mundo empírico de objetos existentes¹. Há, pois, um diálogo constante entre o meio e o seu transformador – o homem.

Um dos problemas centrais da hermenêutica envolve a relação entre os sentidos abstratos e concretos de um texto. Essa dicotomia se revela pela oposição entre interpretação (revelação de um sentido abstrato) e aplicação (apuração de um sentido concreto). Os juristas buscam afirmar a cientificidade das duas atividades, porém entendem que há uma prevalência

¹ COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB. p. 13.

lógica entre interpretação e aplicação, pois a fixação de um sentido concreto dependeria, *a priori*, da existência de um sentido abstrato.

Para compreender a democracia participativa, é preciso que os sentidos abstratos de democracia, de soberania popular e de ideal republicano estejam consolidados através de práticas sociais. Se isso não ocorre ou, ainda, ocorre de maneira incompleta, a aplicação do sentido concreto fica prejudicada.

Desde meados do século XX, defendeu-se uma correlação circular entre interpretação e aplicação², além da ideia de que a prioridade lógica seria substituída pela complementaridade circular entre interpretação abstrata e aplicação concreta. Essa circularidade endossa o cânone hermenêutico fundamental, segundo o qual as partes devem ser compreendidas pelo todo e o todo pelo sentido das partes que o integram.

Com a pretensão de se tornarem objetivamente válidos, os discursos da modernidade se resumem a narrativas totalizantes que apresentam um projeto de mundo imposto por determinado modelo de organização social³, a exemplo das narrativas propostas pelo cristianismo e pelo marxismo.

Esse também é o caso do sistema político-partidário brasileiro, em que são criadas narrativas com elementos da realidade, em tese, organizados em uma sequência lógica e coerente. De acordo com seus valores e princípios, os atores políticos apresentam narrativas como soluções para diversas crises. Por meio dessas narrativas, diferentes partidos políticos estabelecem o nexos entre seus programas e os acontecimentos da sociedade, de modo a torná-las acessíveis ao senso comum dos cidadãos e eleitores.

O espaço é um fator decisivo na formação de narrativas hegemônicas e totalizantes que levam à exclusão de indivíduos ou grupos de indivíduos que integram minorias em uma sociedade. Já a memória coletiva, apropriada e transformada pelos setores sociopolíticos dominantes, forma um dos pilares da narrativa nacional hegemônica. Esta história "oficial" pode ser usada como instrumento de dominação, porque cria e justifica exclusões, inclusive por meio de violência oficial⁴.

As narrativas decorrentes da relação entre a mídia e a política da personalidade apresentam um excessivo apego às supostas virtudes de um candidato em detrimento de partidos estáveis e de programas ideológicos. Segundo Manuel Castells, “a mídia divulga

² COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB, p. 15.

³ *Ibidem*, p. 18.

⁴ LEHNEN, Leila. Apresentação: narrativas fora do lugar. Estudos de Literatura Brasileira Contemporânea. Brasília: UNB, n. 45, jan/jun 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-40182015000100013>. Acesso em: 19 jan. 2017.

quem são os líderes e enfatiza suas batalhas, vitórias e derrotas, porque as narrativas precisam de heróis (o candidato), vilões (o oponente) e vítimas a serem resgatadas (os cidadãos)”⁵.

Contudo, em tempos de colapso das grandes narrativas e projetos totalizantes, a emergência do indivíduo que “pensa, delibera e decide é um fenômeno que precisa ser entendido e valorizado em sua capacidade de revitalizar a democracia e a política”⁶. É necessário, pois, que o cidadão participe mais ativamente das decisões políticas de sua localidade, sob pena de inviabilizar a própria democracia, haja vista que o modelo eleitoral representativo atual passa por uma crise institucional.

No campo jurídico, a multiplicidade de discursos hermenêuticos está relacionada com o exercício do poder político organizado. Vive-se uma pluralidade de narrativas. O desafio atual não é o de encontrar um paradigma unificador, mas de adotar mecanismos para a convivência da diversidade. Em outras palavras, a pluralidade é uma característica humana e não um problema.

A legitimação do poder se dá pela fundamentação da validade de padrões de organização social, sejam morais, políticos ou jurídicos. A modernidade busca elaborar discursos construídos a partir do dogma de que tudo o que é racional é válido, a despeito da negativa da própria experiência humana.

O discurso da filosofia do direito tem como pilar a questão da legitimidade. Se o legislador justifica a legitimidade de seus atos pela representatividade popular alcançada nas urnas, o magistrado deve buscar a legitimidade de suas decisões na aplicação correta do direito de acordo com os valores que regem certa sociedade.

Norberto Bobbio adverte que os valores são justificados pelo consenso, de modo que um valor é tanto mais consistente quanto mais aceito por certa sociedade. Dessa forma, substitui-se a prova da objetividade, de difícil ou incerta demonstração, pela prova da intersubjetividade que, apesar de não ser absoluta, pode ser comprovada no âmbito dos fatos. Um exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos Humanos que “pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”⁷.

⁵ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 256.

⁶ SORJ, Bernardo; OLIVEIRA, Miguel Darcy de. Sociedade Civil e Democracia na América Latina: crise e reinvenção da política. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2007, p. 78.

⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

A verdade científica corresponde à relação entre enunciados e fatos, ao passo que a validade de uma norma não se refere a uma questão de fato. A validade da norma é questão deôntica e somente se resolve com critérios de legalidade.

A representação política é desempenhada pelo parlamento e a representação argumentativa é exercida pelos juízes⁸.

Nesse ponto, em especial para afastar narrativas ou discursos totalizantes, surge a relevância do discurso racional como elemento de pacificação social por meio de estrutura lógico-normativa que, de certa forma, afasta decisões judiciais arbitrárias e fundadas simplesmente no poder ou na autoridade.

Robert Alexy⁹ ressalta que o discurso precisa do direito para obter realidade e o direito precisa do discurso para obter legitimidade. A teoria do discurso leva ao estado constitucional democrático, porque apresenta duas exigências fundamentais ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico: direitos fundamentais e democracia.

O princípio do discurso exige a democracia deliberativa, na qual o plano dos interesses e do poder é coberto por um manto de argumentos e todos os participantes lutam por uma solução política correta. A democracia deliberativa pressupõe, portanto, a possibilidade de racionalidade discursiva.

A função dos discursos não é de simples descrição, mas sim de organizar as percepções humanas a fim de que a realidade tenha algum sentido. O mundo está repleto de sentidos e a hermenêutica é o discurso que trabalha com o modo humano de lidar com os significados atribuídos às coisas. Como pressuposto constitutivo da hermenêutica, tem-se que inexistente sentido fora da linguagem.

Considerando que a realidade impõe a compreensão da linguagem, a hermenêutica há de ser reflexiva, isto é, adotar mecanismos para compreender o modo de compreender. Dessa forma, a hermenêutica se utiliza de espelhos e não de lunetas¹⁰.

Não se fala em descoberta, mas sim em construção de sentidos; não se pretende a objetividade, mas a contextualização. Pode-se dizer que a hermenêutica não se concentra no resultado (quase sempre provisório), mas sim no caminho utilizado para se alcançar esse resultado¹¹.

⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53.

⁹ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB. p. 34.

¹¹ *Ibidem*, p. 36.

A hermenêutica passa a ser o elemento que supera o abismo entre duas subjetividades (autor e leitor), cuja única via de comunicação é o próprio texto (linguagem).

A verdade moderna é objetiva e existe independentemente dos sujeitos, mas deve ser passível de demonstração a cada homem de maneira racional.

Na linha cartesiana, o que caracteriza o uso correto ou incorreto da razão é a escolha do método¹². A verdade pode existir, mas só será revelada por meio de um uso controlado e metódico da razão. É preciso desenvolver métodos adequados para utilizar a razão e alcançar a verdade.

Além de somente aceitar como verdade o que for evidente para a razão, deve-se reduzir os problemas a tantas unidades menores quanto possível para a sua solução.

A preocupação da ciência e da filosofia sempre foi a de elaborar textos verdadeiros, e não textos sedutores. Cientistas e filósofos concentram seus esforços no conteúdo dos discursos e não em sua forma¹³. Ressalte-se, entretanto, que o discurso veiculado por meio de propaganda eleitoral, em regra, não tem essa preocupação.

No Brasil, o horário gratuito para veiculação de propaganda eleitoral no rádio e na televisão constitui (ou deveria constituir) espaço aberto aos candidatos para informar aos eleitores sua plataforma de governo ou de atuação parlamentar. Entretanto, em geral, os candidatos utilizam essa oportunidade para tratar de obras realizadas em gestões anteriores ou, ainda, para direcionar ataques à honra e à imagem do candidato adversário.

O uso da imagem pode servir de instrumento para controle social e, em se tratando de campanhas eleitorais, pode integrar uma linguagem de sedução ao eleitor¹⁴, sem cumprir sua principal finalidade de esclarecimento quanto às propostas de governo para a tomada da decisão popular. Há, portanto, um excessivo apego à forma e não ao conteúdo da propaganda eleitoral, tudo para facilitar a sedução e a conquista do voto do eleitor.

A interpretação deve revelar a intenção do autor e não se prender a uma literalidade. No âmbito do direito, esse primado apresentou a valorização da vontade do legislador. Por mais clara que seja a norma, a prática jurídica exige uma atividade de esclarecimento do sentido e da abrangência da letra da lei.

Nesse ponto, o método pode ser entendido como o instrumento de garantia da objetividade do acesso ao conteúdo dos discursos, apesar das limitações impostas pela linguagem. Para que as ciências alcancem o grau desejado de objetividade, mostra-se

¹² COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB, p. 76.

¹³ *Ibidem*, p. 128.

¹⁴ CARVALHO, Nelly de. Publicidade: a linguagem da sedução. São Paulo: Ática, 2004. p. 16-17.

necessária uma linguagem especial que elimine as deficiências típicas das linguagens naturais. As ciências naturais alcançaram esse objetivo com a utilização da linguagem matemática, que é isenta de ambiguidades, o que não acontece com as línguas latinas como o português e o espanhol.

A adoção de uma linguagem precisa entrou para a história como neopositivismo lógico. Positivismo em razão da observação empírica; neo por se tratar de nova espécie de positivismo que incorporou expressamente a linguagem; e lógico, pois a lógica matemática era o padrão a se impor a todas as linguagens que pretendiam ser científicas.

Disso resultou um giro linguístico¹⁵, em que as questões da linguagem assumiram função relevante para os filósofos. Esse giro, porém, não possuía caráter historicista, já que se buscava uma linguagem afim ao parâmetro universal da lógica e coerente com a construção de enunciados verdadeiros.

No direito, um dos ícones da perspectiva linguística da lógica foi Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, como forma de atribuir cientificidade ao direito. Para o citado jurista, “a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever”¹⁶. Nesse caso, ao jurista não cabia atribuir um juízo de valor sobre a norma, mas apenas demonstrar o seu conhecimento e conferir a sua aplicação às circunstâncias do caso concreto.

Já para Gadamer¹⁷, a nova informação é processada diante de pré-compreensões e toda atribuição de sentido tem por base percepções valorativas dos indivíduos que, não raro, refletem uma mistura de crenças individuais e sociais. Com base nessas compreensões, projeta-se um sentido para todo o texto que pode ser confirmado ou não pelo aprofundamento da análise. Além disso, essa nova informação pode contribuir para a mudança do conjunto de pré-compreensões.

Passa-se do particular para o contexto e vice-versa de forma cíclica e contínua, o que se denomina de círculo hermenêutico. A metáfora utilizada do círculo se explica pelo fato de que a tarefa é ampliar, em círculos concêntricos, a unidade de sentido compreendido.

Talvez por isso a interpretação de partes iniciais de um livro é modificada inúmeras vezes até que se conclua a leitura da obra. Isso porque é elaborada uma densa concordância

¹⁵ COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB, p. 133.

¹⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 48.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 402.

das partes isoladas com o todo, o que configura o único critério hermeneuticamente válido para apurar a justeza da compreensão.

O objetivo de Gadamer é mostrar que o processo de interpretação não pode se reduzir à aplicação de modelos predeterminados, sobretudo porque não envolve um método dogmático de interpretação, mas um estilo que estuda os modos humanos de atribuir sentidos ao mundo.

O significado de uma obra de arte não é simplesmente atribuído (subjetividade do intérprete) nem descoberto (objetividade da obra), mas sim produzido pelo constante contato do homem com a obra. Por isso, a verdade, interpretação ou compreensão depende de um contexto.

Gadamer não nega a necessidade de um método, mas se opõe à sua universalidade. A hermenêutica não deve negar a validade de métodos interpretativos, mas compreendê-los historicamente como expressões de uma tradição.

Não existe a possibilidade de compreensão imediata das coisas, pois toda compreensão é mediada pela linguagem. E, no âmbito da propaganda eleitoral, a linguagem utilizada para seduzir o eleitor pode ser escrita ou visual, de modo a criar em sua consciência um estímulo emocional para optar por um candidato dentre vários.

A verdade de um enunciado não se extrai pela adequação entre o dito e o fato, mas pela conexão de sentido entre os enunciados e a tradição cultural de onde se fala.

Por isso, a hermenêutica se apresenta como uma narrativa interessante em razão de sua abertura para a historicidade do homem e para a circularidade de toda autocompreensão. A perspectiva hermenêutica não descobre verdades, mas produz verdades a partir de uma interpretação historicamente condicionada.

De acordo com o objeto de estudo desta dissertação, a verdade a ser produzida mediante o diálogo e o debate de ideais políticas entre eleitores, candidatos e partidos políticos passa por um condicionamento espaço-temporal da sociedade de que se fala. Hoje, o sistema brasileiro adota a democracia representativa e passa por uma crise de legitimidade material. Este é o contexto para que as propostas de candidatos tenham a capacidade de convencer o eleitorado de que ainda é possível acreditar no atual sistema de representação política.

No campo jurídico, a interpretação exige conformidade ao texto de validade superior – a constituição –, o que requer uma pré-compreensão do texto constitucional como fenômeno

histórico e social. Esse momento é único e envolve o círculo hermenêutico para aferição da pré-compreensão do sentido¹⁸.

Uma das questões centrais do estudo de Lênio Streck é a (in)possibilidade de olhar a nova constituição (Constituição Federal de 1988) com pré-juízos que demonstram uma compreensão inautêntica do direito.

Esses pré-juízos baseados em uma história brasileira que deu pouca importância à constituição recebe o nome de “baixa constitucionalidade”. Antes, havia a supremacia do Parlamento para efetivar ou não valores e direitos materiais, de tudo a demonstrar que a constituição era meramente programática/propositiva. Posicionada no ápice do ordenamento jurídico, a constituição do país deve afastar a interpretação inautêntica do sentido comum teórico de alguns textos legais.

No território da tradição, dominam os pré-juízos da baixa constitucionalidade que causam a crise de efetividade da Constituição. A crise passa pela ausência de estranhamento e pelo fato de que os códigos permanecem ilesos à filtragem hermenêutico-constitucional, apesar da evolução da jurisdição constitucional.

A constituição integra o modo de ser do intérprete a partir de pré-juízos do processo de antecipação do sentido. O direito constitucional é condição de possibilidade no processo interpretativo¹⁹, sobretudo o direito constitucional eleitoral para a análise da propaganda eleitoral.

É possível notar a crescente importância conferida ao direito constitucional em faculdades e em decisões judiciais. Essa conjuntura possibilita, cada vez mais, o afastamento de pré-juízos de baixa constitucionalidade e, ao mesmo tempo, fortalece a pré-compreensão do texto constitucional como fenômeno histórico e social que considera as diferenças humanas como qualidades necessárias ao fortalecimento do estado democrático de direito e do ideal republicano.

2. Retórica e Democracia

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 179.

¹⁹ *Ibidem*, p. 181.

O caráter democrático da retórica pode ser resumido em duas concepções gregas: *isegoria* – isonomia quanto ao direito de falar – e *parrhesia* – uma espécie de honestidade na fala²⁰.

Nesta dissertação, pretende-se avaliar em que medida o princípio da máxima igualdade entre os candidatos e a veracidade do discurso estão presentes na propaganda eleitoral divulgada ao eleitor.

Em contrapartida à retórica manipuladora, a retórica objetiva pretende conferir a efetiva participação do interlocutor em um espaço de deliberação de questões particulares e, também, de assuntos de interesse público.

Dentre os gêneros do discurso retórico, pode-se citar o deliberativo, o judiciário e o epidíctico²¹. O primeiro é direcionado a uma coletividade e o meio empregado é o exemplo que, observados certos requisitos, pode se tornar um precedente. O discurso retórico judiciário se dirige ao juiz e tem vez o binômio justo/injusto. Já o discurso epidíctico (demonstrativo), dirigido a qualquer um, visa enaltecer valores através da análise de um acontecimento, a exemplo das decisões que reforçam a relevância do Estado Democrático de Direito.

Perelman²² destaca três tipos de auditório: i) a deliberação consigo mesmo; ii) a deliberação com um interlocutor; iii) a deliberação com um auditório universal.

O auditório constituído pelo próprio orador identifica uma função reflexiva e, até certo ponto, denota honestidade e sinceridade. Ressalte-se que a função será tanto mais reflexiva quanto mais desenvolvida for a sociedade no tocante aos direitos de participação política e de cidadania.

A deliberação com um interlocutor apresenta um cenário de possíveis objeções e contrariedades em que cada um dos atores tenta se sobrepôr ao outro, como ocorre em debates eleitorais transmitidos em tempo real pelo rádio e pela televisão. Esse o cenário habitual das eleições no Brasil, em que candidatos a cargos ou mandatos políticos disputam – às vezes, na acepção mais agressiva do termo – o voto dos eleitores.

Já a deliberação com um auditório universal tem como finalidade obter a adesão de todo e qualquer auditório, sendo que as discussões são menos intensas e mais evasivas do que a deliberação com um interlocutor. Esse é o contexto da propaganda eleitoral divulgada pela grande mídia no horário legalmente reservado aos partidos e aos candidatos. Em geral, nesse

²⁰ SOUZA, Rubens Hess Martins de. Discurso decisório e democracia: uma perspectiva retórica. In: CLÉVE, Clemerson Merlim. Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 95.

²¹ *Ibidem*, p. 98.

²² PERELMAN, Chaim. Retóricas. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 304.

tipo de propaganda eleitoral, o candidato enaltece obras ou feitos de gestões passadas ou de personalidade política que o apoia.

Saliente-se que a informação veiculada em propaganda eleitoral pode ser manipulada para omitir verdades indesejáveis em relação ao eleitor, seja pelos meios de comunicação, pelos partidos ou pelos próprios candidatos.

De fato, o poder econômico continua a moldar a política através de campanhas midiáticas e de personificação da política, além de se utilizar de banco de dados obtido por violação de privacidade junto a grandes fornecedores de produtos e serviços ao consumidor. Como solução, Manuel Castells afirma que “os cidadãos têm que encontrar seu próprio meio de pensar através do labirinto da política do espetáculo e de imagens adulteradas que constroem sua percepção”²³.

Existem diversos auditórios normativos do discurso judicial racional, dentre os quais: o próprio juiz (princípios do livre convencimento, da inafastabilidade jurisdicional e da motivação das decisões); os membros de um colegiado (ampla discussão e debate); as partes do processo (coisa julgada que sobre elas recai); órgão recursal (duplo grau de jurisdição); profissionais essenciais à justiça (conexão entre o orador e os diversos auditórios); e o povo (instância global e material de legitimidade)²⁴.

Destes auditórios normativos, destaca-se o povo – titular da legitimidade material do poder que o delega em prol de seus representantes.

A publicidade de uma decisão possibilita ao povo conhecer e avaliar eventual decisão do juiz em caso de conflito de direitos fundamentais relacionados à democracia e, assim, prosseguir com o debate no espaço da política. Essa transparência argumentativa possibilita, inclusive, a discussão sobre os valores que regem a própria sociedade e, em certos casos, a necessidade de resignificação de institutos.

Há de se registrar, ainda, a relação entre *ethos* (orador), *pathos* (auditório) e *logos* (linguagem). O *ethos* é a característica presente no orador que inspira confiança do público alvo, ao passo que *pathos* simboliza o conjunto de emoções despertado no auditório pelo discurso do orador.

Por sua vez, *logos* representa o conteúdo da argumentação ou da mensagem, um lugar privilegiado em que se coloca o problema e a justificativa racional para sua solução. O

²³ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 33.

²⁴ SOUZA, Rubens Hess Martins de. Discurso decisório e democracia: uma perspectiva retórica. In: CLÉVE, Clemerson Merlim. Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 104.

critério de racionalidade e a força de uma tese estão relacionados com o respeito à Constituição e às leis do país.

No âmbito da propaganda eleitoral, o candidato se investe na função de orador e veicula seu discurso (linguagem) – em certas situações, narrativas totalizantes e de exclusão de grupos minoritários – ao eleitor que integra o seu auditório.

A língua é instrumento para o desenvolvimento da fala que, advirta-se, não é neutra. As narrativas e os discursos não são impermeáveis ao poder e se inserem em um “conjunto de sutilezas retóricas, em lugares de fala privilegiados, e é isso que determinará a existência e o sucesso deles”²⁵.

Em processos eleitorais, a persuasão da maioria é mais fluida do que em outras circunstâncias. No debate científico, por exemplo, o orador persuade o público pela retórica da argumentação, seja pela via dedutiva da lógica ou pela apresentação de evidências, de modo a convencer o espectador sobre a verdade de sua teoria.

Em um debate político, em período pré-eleitoral, a idéia da persuasão da maioria passa pelo convencimento sobre os maiores benefícios de uma lei ou uma política do que qualquer outra alternativa, independentemente da capacidade de se demonstrar uma verdade lógica ou empírica para sustentar a posição argumentativa. No debate político, a retórica é a da argumentação política. Nesse campo, a verdade lógica cede lugar à filosofia dos princípios e dos fins, e a evidência empírica cede lugar às crenças, aos valores e aos interesses dos atores no momento da decisão. Já no debate eleitoral, os candidatos usam uma retórica cuja argumentação é de natureza ficcional²⁶.

A linguagem e o pensamento estabelecem uma complexa relação por meio de significados. Essa complexidade do pensamento só é possível pela atuação dos signos e da estrutura da linguagem que, não raro, é influenciada por interesses e afetos do orador. A relação entre pensamento e linguagem, relevante para a compreensão do conteúdo de uma propaganda eleitoral, “é processo dinâmico em que ambos adquirem complexidade, saindo do plano de significação mais concreto para níveis maiores de abstração”²⁷.

Em relação ao objeto de pesquisa desta dissertação, verifica-se que a informação veiculada por meio da propaganda eleitoral possui a tendência ao discurso genérico e abstrato, ao invés de um discurso concreto, pontual e específico que relacione problemas e respectivas

²⁵ ROCHA, Eduardo Gonçalves. Teoria constitucional-democrática e subjetividade: problematizando o sujeito de direito. 2013. 208 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB, p. 37.

²⁶ FIGUEIREDO, Marcus et al. Estratégias de persuasão eleitoral: uma proposta metodológica para o estudo da propaganda eleitoral. Opinião Pública, Campinas, vol. IV, n. 3, 1997, p. 186.

²⁷ ROCHA, Eduardo Gonçalves. Teoria constitucional-democrática e subjetividade: problematizando o sujeito de direito. 2013. 208 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB, p. 47.

soluções para a população. Esse cenário contribui para o sentimento de apatia popular e desengajamento político do cidadão. É que, conforme será demonstrado adiante no tópico 4 deste capítulo, as sociedades tidas como exemplos de democracia são aquelas em que o cidadão participa ativamente das decisões que afetam a localidade em que exerce suas principais atividades – o chamado sistema de comunas.

De todo modo, não há métodos perfeitos e acabados para a interpretação da Constituição, até porque demandaria a conjugação entre teorias constitucionais e políticas consolidadas, o que não se observa no Brasil²⁸.

O que se sabe é que a crítica é elemento indispensável à construção da cidadania e, por isso, o juiz deve expor as razões pelas quais decide um processo em um estado democrático de determinada maneira, em atenção aos princípios da transparência e da segurança jurídica.

3. Bases para uma argumentação jurídica

Em um ambiente democrático, deve se buscar um discurso do qual ninguém seja excluído e que não haja dominação de qualquer agente, sempre com argumentação clara e precisa baseada em suposições acertadas ou prováveis sobre as circunstâncias fáticas²⁹.

Em relação à teoria da argumentação jurídica, Robert Alexy³⁰ propõe que seu ponto de partida é a constatação de que a fundamentação se refere a questões práticas, isto é, àquilo que é obrigatório, proibido ou permitido.

No caso desta dissertação, apropria-se da previsão normativa vigente – a Constituição e atos normativos infraconstitucionais – para aferir se a conduta constatada ao longo de uma campanha eleitoral pode ser classificada como obrigatória, proibida ou permitida, notadamente se a veiculação de imagem de candidato por outro concorrente viola direitos de personalidade ou realiza o direito à informação do eleitor para a construção e manutenção de instituições democráticas.

É certo que essas condições não levam a um único resultado no caso concreto. Em todos aqueles casos minimamente problemáticos, afigura-se indispensável a valoração que

²⁸ CRUZ, Flávio Antônio da. Provocações sobre a Hermenêutica Constitucional In: CLÉVE, Clemerson Merlim. Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 162.

²⁹ ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

³⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 548.

não é dedutível diretamente da norma preexistente, razão pela qual, para fins de aferição da racionalidade do discurso jurídico, deve-se definir em que medida essa valoração complementar é passível de um controle racional.

A argumentação pode ser desenvolvida pela lei, pelos precedentes e pela dogmática.

O texto referente aos direitos fundamentais é instrumento que vincula a argumentação por meio de um ônus argumentativo a seu favor, inclusive a considerar o contexto histórico, social e político em que se reconheceu a nota da fundamentalidade a certo direito³¹.

Quanto aos precedentes, a importância se refere à autoavaliação do tribunal como principal intérprete e guardião da constituição. A jurisprudência do tribunal constitucional não afeta a si mesma e nem a argumentação de uma decisão anterior.

Entretanto, Robert Alexy³² sustenta que se há um precedente favorável ou contrário a uma decisão, deve-se referenciá-lo, bem assim que o ônus da argumentação recai sobre aquele que deseja afastar o precedente.

No caso em estudo, qual seja, conflito entre o direito à informação do eleitor e o direito à imagem do candidato no âmbito da propaganda eleitoral, há precedentes do Tribunal Superior Eleitoral³³ em que prevaleceu o direito à imagem consubstanciado no direito de resposta por abusos na veiculação de notícias que atacavam aspectos pessoais de candidatos. Dessa forma, até mesmo por honestidade científica, deve-se mencionar os precedentes e utilizar argumentos para sua não incidência no caso concreto.

Apesar da inegável contribuição dos precedentes para a segurança da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, convém reconhecer que a referida base, por si só, não é suficiente para o controle de racionalidade da fundamentação.

Em seguida, deve-se falar em teorias materiais de direitos fundamentais como base da argumentação jurídica, também conhecida como dogmática. Em sua obra específica, Robert Alexy define o que seria dogmática jurídica, *litteris*:

[...] uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo³⁴.

³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 552.

³² *Ibidem*, p. 556.

³³ Para citar: Representação n. 1658-65/DF e Agravo de Instrumento n. 102.861/BA.

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 249.

Apesar de ambos não serem reflexivos, a ciência somente atua com pressupostos de fato, enquanto os discursos dogmáticos também pressupõem valores (autoridade e legitimidade). O discurso dogmático é interno e reflete uma questão de validade baseada em valores pretensamente objetivos.

Tanto a ciência quanto a dogmática são construídas a partir de um silêncio em suas bases, muitas vezes equiparado a uma inquestionabilidade. Constituem olhares voltados para o mundo, mas não para si mesmos.

Esses discursos sem espelhos, sem reflexividade e sem circularidade ocultam a contingência da verdade e do valor. São discursos lineares e blindados contra paradoxos e incertezas que sempre brotam da circularidade³⁵.

Diante da fluidez e da transitoriedade da sociedade atual, Manuel Castells afirma que as variações entre a história dos partidos e candidatos e seus programas para uma determinada eleição “se ampliaram com o passar do tempo em virtude da necessidade de ajustar a mensagem política a um eleitorado diverso e cada vez mais volátil”³⁶.

Em meio a pluralidade do perfil do cidadão e do eleitor, seja para efeito de analisar o conteúdo de uma sentença, seja para compreender a mensagem de uma propaganda eleitoral, o discurso deve ter natureza reflexiva.

Ao justificar uma decisão, o magistrado não só expõe um discurso informativo, mas também um discurso persuasivo para que os destinatários do processo – as partes e a sociedade – tenham credibilidade na função jurisdicional. A ideia é convencer as partes de que o direito aplicado ao caso concreto é a solução mais adequada dentro do ordenamento jurídico. Essa é a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso ‘informativo’ sobre como a decisão deve ocorrer, mas um discurso ‘persuasivo’ sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso a ‘verdade’ decisória acaba se reduzindo, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte³⁷.

³⁵ COSTA, Alexandre Araújo. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB. p. 48.

³⁶ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 283.

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994, p. 344.

Enquanto base para a argumentação, as teorias materiais dos direitos fundamentais possuem natureza essencialmente argumentativa, e não de autoridade.

Essa teoria implica a necessidade de se partir de um conjunto de valores. Nesse ponto, Robert Alexy³⁸ defende que toda teoria normativa dos direitos fundamentais pressupõe uma teoria axiológica, teleológica ou principiológica.

A tese normativa básica pode ser construída pelos direitos fundamentais vistos como instituições. E para serem assim considerados, os direitos fundamentais devem ser efetiva e continuamente invocados pelo maior número possível de pessoas, bem como ter o maior grau possível de efeito estabilizador para o todo da constituição e da ordem social.

A partir desse pressuposto, confere-se um peso significativo às finalidades supraindividuais na interpretação das disposições de direitos fundamentais, o que evidencia uma tese axiológica fundamental a respeito da relação entre bens individuais e coletivos.

É preciso destacar que o candidato a cargo ou mandato político, em razão da exposição natural de sua imagem pela propaganda eleitoral, submete-se à crítica popular com maior intensidade. Em síntese, as propostas de governo e de atuação parlamentar decorrem majoritariamente de interesse público e coletivo, pelo que a fiscalização do conteúdo da propaganda eleitoral deve ser realizada com rigor pelo Poder Judiciário.

Há sociedades, inclusive, em que a moral do candidato e questões pessoais são relevantes para a escolha do eleitorado, como ocorre nos Estados Unidos da América. A ideia é que, se o candidato não tem êxito na condução de sua vida em família, também não o terá para tomar decisões em nome de uma coletividade.

Justamente para analisar se as finalidades supraindividuais dos direitos fundamentais são observadas – a presença do interesse público nas promessas registradas em propaganda eleitoral –, deve-se verificar se a argumentação utilizada se aproxima dos valores democráticos vigentes em sociedade.

Como técnica que expõe motivos para a defesa de um ponto de vista, seja a prevalência do direito à informação do eleitor ou do direito à imagem do candidato, a argumentação jurídica aplicada ao presente estudo deve se utilizar da Constituição Federal de 1988 e de leis especiais eleitorais (lei), de precedentes de tribunais superiores (precedentes) e de valores protegidos pela ordem jurídica brasileira, como os princípios republicano e democrático (dogmática).

³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 563-564.

4. Os sentidos do ideal republicano e da soberania do povo para a construção de uma democracia participativa

Como dito em tópico inicial, a interpretação envolve a atribuição de sentidos abstratos e concretos, geralmente por meio de símbolos.

A aplicação (sentido concreto) pressupõe a interpretação (sentido abstrato). No caso, tem-se que a concretização da democracia participativa depende da prévia formulação de um conceito para o ideal republicano e para a soberania popular. E, para alcançar esse conceito, sugere-se como referência teórica a principal obra de Alexis de Tocqueville: *A Democracia na América*.

A referida obra teve sua primeira versão em 1835, após viagem aos Estados Unidos da América. Em síntese, Tocqueville sistematiza a democracia que encontra na “Nova Inglaterra” e a compara com aquela vigente à época na França. O seu estudo vai desde a conformação física do país norte-americano até a composição moral e cultural daqueles puritanos que se propuseram a povoar e construir os Estados Unidos da América e suas instituições democráticas.

De início, há de se destacar que Alexis de Tocqueville trabalha com o método do retrato sociológico e a classificação dos tipos de regime e de sociedade para, então, construir teorias abstratas a partir de um pequeno número de fatos. Ainda, segundo Raymond Aron, Tocqueville “não acredita que a história passada tenha sido determinada por leis inexoráveis e que os acontecimentos futuros estejam predeterminados”³⁹.

Disso resulta a importância da dinâmica do processo eleitoral e da própria democracia, com a evolução de institutos jurídicos e a resignificação de valores que regem a sociedade. O significado da república está atrelado ao de democracia através da soberania popular. É que o respeito e o zelo pela coisa pública, bem assim os valores de liberdade e de igualdade, guardam íntima relação com os ideais democráticos e com a necessidade de participação popular na tomada de decisões políticas.

A Constituição Federal de 1988 apresenta específicos traços de uma democracia representativa, porque se fala em mandato representativo, porém com resquícios de uma democracia direta por meio de instrumentos como o plebiscito, o referendo e a lei de iniciativa popular.

Essa democracia tem como características nucleares a liberdade, a igualdade, a soberania popular e o pluralismo político, de modo que se aproxima notadamente do ideal

³⁹ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 236.

republicano, da noção de interesse público e da responsabilidade dos cidadãos pelas decisões políticas, seja por aquelas tomadas diretamente ou pela atuação de seus representantes eleitos⁴⁰.

É certo que a intervenção mais concreta do cidadão na formação da vontade política é a democracia direta, e o sistema brasileiro apresenta, de certa maneira, um viés participativo. Contudo, na prática, a democracia brasileira é essencialmente representativa e se reserva à escolha dos representantes, sem mecanismos de controle substancial da atuação do parlamentar ou do chefe do Poder Executivo, salvo por regras já previstas constitucionalmente.

Ao mencionar a necessidade de se adaptar às circunstâncias locais e às necessidades do homem, Alexis de Tocqueville alertou sobre o dever imposto àqueles que desejam dirigir uma sociedade democrática:

Instruir a democracia, reavivar se possível suas crenças, purificar seus costumes, regular seus movimentos, substituir pouco a pouco pela ciência dos negócios sua inexperiência, pelo conhecimento de seus verdadeiros interesses seus instintos cegos; adaptar seu governo aos tempos e aos lugares; modificá-lo de acordo com as circunstâncias e os homens – este é o primeiro dever imposto nos dias de hoje aos que dirigem a sociedade⁴¹.

Em comentários, Raymond Aron afirma que Tocqueville é “sociológico comparativista por excelência; procura identificar o que é importante, confrontando espécies de sociedade pertencentes a um mesmo gênero ou a um mesmo tipo”⁴². E essa comparação é importante para a pesquisa que aqui se pretende, sobretudo porque se defende a interpretação como fenômeno histórico e social que observa diferenças humanas como qualidades de uma república e de uma democracia.

Tocqueville destaca que “a falta de entusiasmo e de ardor das crenças, as luzes e a experiência exigirão às vezes grandes sacrifícios dos cidadãos”. Se os homens são igualmente fracos, surgem necessidades semelhantes que os levam a descobrir que o “interesse individual se confunde com o geral”⁴³. E essa ideia constitui um dos núcleos do objeto de estudo desta

⁴⁰ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 20.

⁴¹ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 12.

⁴² ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 202.

⁴³ TOCQUEVILLE, Alexis de. Igualdade Social e Liberdade Política. Tradução de Cícero Araújo. São Paulo: Nerman, 1988, p. 41.

dissertação, a saber, como e em que medida identificar o interesse público ou coletivo em uma propaganda eleitoral.

O cenário brasileiro atual, em especial no que se refere à crise de legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo, pode configurar um período de grandes sacrifícios para os cidadãos e ser um marco de aglutinação de movimentos sociais em prol do fortalecimento dos ideais da república e da democracia.

Para responder à crise de legitimidade, devem ser investigados alguns princípios estruturantes do Estado brasileiro, especificamente o princípio republicano e o princípio da soberania do povo.

Por primeiro, há um princípio constitucional que serve de instrumento para afastar tratamentos desiguais e contrários ao interesse público e ao pacto federativo – o princípio republicano.

A cidadania é um dos fundamentos do Estado de Direito, na medida em que as noções de democracia e de representação política sugerem um ideal republicano com forte tendência à liberdade e à igualdade. Sob a égide do princípio republicano, valores objetivos são escolhidos, o que permite ao indivíduo a realização de seus projetos de vida sem que esta ação seja prejudicial aos demais cidadãos na consecução de fins semelhantes⁴⁴.

A Constituição possui um conteúdo republicano pelo fato de que um conjunto de cidadãos compartilha um mesmo passado e, em tese, um mesmo destino, de tudo a revelar a existência de um sentimento de solidariedade e de responsabilidade pelas decisões coletivas. Dessa forma, o texto constitucional não se define por concepções axiológicas totalizantes, mas permite a convivência de projetos de alteração da realidade política e social⁴⁵.

A exigência da responsabilidade pelas decisões coletivas não é, em absoluto, uma violação ao ideal republicano, mas antes o concretiza. Segundo Geraldo Ataliba, regime republicano é “regime de responsabilidade”⁴⁶.

A democracia não elimina a autonomia individual, até porque o cidadão tem a faculdade de se expressar em um debate político e “expor – ou não – suas convicções pessoais a respeito do que deve ser o conteúdo da ordem jurídica e da atuação do Estado”⁴⁷.

⁴⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 18-19.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁶ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 67.

⁴⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 23.

O ideal republicano remete ao valor da igualdade e esta é elemento imprescindível à concepção de uma democracia participativa, porquanto deve ser conferido ao eleitor uma igualdade de voz e de voto como consequência de uma igualdade substantiva. O princípio republicano não se esgota na igualdade perante a lei, mas “exige uma atuação estatal efetiva no sentido de aprofundar as condições igualitárias de vida, de participação política e de realização pessoal”⁴⁸.

A república está aberta à discussão dos meios e fins da sociedade política e requer a participação popular. Para a concretização do princípio republicano, a decisão política que atinge a coletividade deve ter como característica fundamental a visibilidade.

O Estado social e o ideal republicano exigem uma postura mais ativa do cidadão, em especial diante de sentimentos de pertencimento e de compartilhamento de destino, o que revela uma solidária preocupação com temas da coletividade. O que se exige do cidadão/eleitor não se resume à escolha de candidatos pelo voto periódico e uma vigilância superficial de suas atividades, mas sugere uma democracia que ultrapassa o período eleitoral e uma opinião pública além do resultado das urnas e das pesquisas de opinião⁴⁹.

Em síntese, o princípio republicano possui duas vertentes: uma política e uma principiológica. A vertente política trata da forma de governo e a principiológica remete à noção de igualdade de todos os cidadãos perante a coisa pública.

Há autores como Geraldo Ataliba que reconhecem o princípio republicano como princípio básico do direito brasileiro⁵⁰ e, mais, como cláusula pétrea para o sistema constitucional brasileiro.

Dessa forma, a diminuição de escândalos políticos e o aumento do engajamento político do cidadão são fatores que fortalecem a efetividade do princípio republicano.

A associação generalizada da política com comportamentos escandalosos tem como consequência “a alienação do cidadão em relação às instituições e às classes políticas, contribuindo assim para uma crise internacional de legitimidade política”⁵¹.

Por segundo, e não menos importante, está o princípio da soberania do povo.

Sabe-se que a cidadania e a soberania popular estão intrinsecamente relacionadas no âmbito da democracia contemporânea, sobretudo pelo instituto da representação política. A

⁴⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 50-51.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁰ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

⁵¹ CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 309.

eleição é o instrumento pelo qual a soberania popular se transforma em representação de seus interesses nas casas legislativas e nos governos.

As críticas ao modelo brasileiro de democracia representativa não devem ser ignoradas. A função do representante do povo se dá exclusivamente nos limites estabelecidos pela constituição e não é determinada por instruções ou cláusulas estabelecidas entre ele (ou o partido político) e os eleitores.

Em outras palavras, as condições e as diretrizes para o exercício do mandato estão previamente fixadas no texto constitucional. Nas palavras de Eneida Desiree Salgado⁵², não é possível se falar em “representação”, pois não há uma vontade pré-formada.

E essa “falta” de representatividade do povo em casas legislativas e governos pode criar situações em que valores sociais são invertidos.

Nesse sentido, em nome do progresso e dos prazeres materiais, o homem deseja o útil sem se preocupar com o justo, o que o separa das virtudes da civilização. Ao exemplificar a inversão de valores que pode acometer uma sociedade, a doutrina de Tocqueville se mostra atual em relação à crise institucional que se presencia hoje no Brasil, *litteris*:

Onde estamos, pois?

Os homens religiosos combatem a liberdade e os amigos da liberdade atacam as religiões; espíritos nobres e generosos gabam a escravidão e almas baixas e servis preconizam a independência; cidadãos honestos e esclarecidos são inimigos de qualquer progresso, ao passo que homens sem patriotismo e sem costumes fazem-se apóstolos da civilização e das luzes!⁵³

Para se conhecer as leis e os costumes de um povo, é preciso se debruçar sobre o seu estado social⁵⁴. Tocqueville, em seu estudo, conclui que os habitantes dos Estados Unidos da América possuíam, àquela época, conhecimentos medianos e homogêneos sobre política, economia, ciências e religião⁵⁵. E esse fato tornou o elemento democrático preponderante no convívio social, porque as desigualdades, sobretudo intelectuais, não eram extremas como em outros países do mundo.

Em uma visão sociológica da obra de Tocqueville, as desigualdades econômicas não seriam obstáculos à igualdade fundamental das sociedades modernas. Segundo Raymond

⁵² SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 29.

⁵³ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 18.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 62.

Aron, Tocqueville “prefere pensar que as desigualdades de riqueza tenderão a se atenuar à medida que as sociedades modernas se tornem mais democráticas”⁵⁶.

No caso do Brasil, há ainda muito a percorrer para a consolidação da democracia. Para o desenvolvimento da cidadania, é preciso que o indivíduo tenha à sua disposição informações não só sobre seus direitos, mas também sobre assuntos relacionados à coletividade e ao Estado.

A sociedade dos Estados Unidos da América era guiada pelo princípio da soberania do povo, valor este “reconhecido pelos costumes” e “proclamado pelas leis”⁵⁷.

Ao mencionar a existência de comunas, Tocqueville insere importante elemento da democracia, qual seja, a participação efetiva do cidadão na localidade em que exerce suas principais atividades. Segundo o teórico, “cada indivíduo constitui uma porção igual do soberano e participa igualmente do governo do Estado”⁵⁸, o que lhe confere uma identidade com a sua pátria.

E a obediência desse indivíduo à sociedade e suas leis tem como causa não a sua inferioridade em relação aos que a dirigem, mas sim a concepção de que a união a seus semelhantes lhe parece útil para conduzir os rumos da coletividade.

Ao comentar a obra de Tocqueville, Raymond Aron assinala que os cidadãos norte-americanos eram bem informados e conheciam os assuntos públicos, uma vez que passavam por uma educação cívica. Ademais, os cidadãos estadunidenses “têm o hábito de resolver os assuntos coletivos a partir do nível do município” e “são levados, assim, ao aprendizado do autogoverno”⁵⁹.

Quando o povo é esclarecido e vigilante sobre interesses da coisa pública, a força desses cidadãos em conjunto é mais eficaz do que a autoridade de um governo central para a busca de um bem estar social.

Tocqueville destaca a dificuldade em se despertar um povo adormecido e se exigir virtudes que não lhe pertencem, porém sugere que a substituição completa da vontade dos cidadãos pelo seu governo é um cenário do qual se deve desconfiar:

Confesso que é difícil indicar de maneira certa o meio de despertar um povo adormecido para lhe dar as paixões e as luzes que ele não tem: persuadir os

⁵⁶ ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 206.

⁵⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 65.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁵⁹ ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 212-213.

homens de que devem cuidar de seus problemas é, não ignoro, árdua empresa. Muita vez seria menos difícil interessá-los pelos detalhes da etiqueta de uma corte do que pelo conserto de sua casa comum.

Mas também penso que, quando a administração central pretende substituir completamente o livre concurso dos primeiros interessados, ela se engana ou quer nos enganar⁶⁰.

Segundo Raymond Aron, o tema fundamental de Tocqueville é “a necessidade de uma disciplina moral inscrita na consciência individual, nas sociedades igualitárias que se querem autogovernar”⁶¹. Os cidadãos devem se sujeitar, internamente, a uma disciplina própria e voluntária, e não àquela imposta pelo receio da sanção.

Mutatis mutandis, é o que ocorre no sistema político-partidário brasileiro, sobretudo com a adoção do princípio da fidelidade partidária e o problema da ditadura intra-partidária. Assim como o mandatário não deve ter receio de eventual sanção partidária em razão de uma atuação parlamentar, o cidadão também deve exercer sua soberania em prol da democracia participativa.

No tocante à liberdade de pensamento do mandatário, impõe-se reconhecer que, em alguns casos, os dirigentes partidários, com o afã de concretizar o princípio da fidelidade partidária, restringem ou, mesmo, anulam a manifestação legítima do filiado ou de integrantes da base aliada em razão de interesses estritamente pessoais. Sobre o assunto, veja-se o ensinamento de Augusto Aras:

Tem sido comum a denúncia da existência de desvio de conduta de dirigentes partidários brasileiros que, a pretexto de aplicar o princípio da Fidelidade, passam a impor a sua vontade caprichosa para a satisfação de interesses pessoais contra a legítima manifestação de filiado ou da base partidária⁶².

Ainda, é passível de controle judicial qualquer ato de dirigente partidário que configure ditadura intrapartidária, uma vez que o regime democrático e a autenticidade do sistema representativo, como valores constitucionais que o são, merecem ser protegidos, *litteris*:

Os abusos dos dirigentes partidários que dão azo à ditadura intrapartidária constituem desvio de conduta intolerável, passível de fiscalização, controle e correção pela via judicial, com o exercício do direito de ação e a garantia da

⁶⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 102.

⁶¹ ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 212.

⁶² ARAS, Augusto. Fidelidade e ditadura (intra) partidárias. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2010, p. 25.

universalidade e livre acesso à jurisdição, a fim de preservar-se o regime político da democracia e a autenticidade do sistema representativo⁶³.

Alexis de Tocqueville ressalta que o despotismo dos partidos políticos é ainda mais gravoso que o despotismo de um homem, de maneira que “quando a massa dos cidadãos só se preocupa com seus assuntos privados, as menores facções podem apoderar-se dos assuntos públicos”⁶⁴.

Acrescenta o referido autor que os partidos políticos falam em nome de uma multidão “ausente ou alheia” e atuam em meio a uma “imobilidade geral”, além de lhe ser possível mudar as leis e tyrannizar os costumes.

Na condição de intermediário entre os eleitos e os eleitores, somente o Poder Judiciário pode impor ao agente público a observância da lei e da constituição sem violar o direito do eleitor.

Conforme Tocqueville⁶⁵, a extensão do Poder Judiciário no mundo político deve corresponder à extensão do poder eletivo, sem que haja usurpação ou transposição de funções, sob pena de se implantar no Estado ou a anarquia ou a servidão.

De outro lado, a partir do momento em que um tribunal constitucional declara uma lei inconstitucional, pode-se dizer que o poder constituinte, de fato, está em suas mãos, porquanto só a ele compete a interpretação do texto constitucional.

Segundo Tocqueville, esses tribunais estariam “no lugar da nação e dominariam a sociedade, pelo menos tanto quanto a fraqueza inerente ao poder judiciário lhes permitisse fazer”⁶⁶. No Brasil de hoje, esse papel é desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo porque é chamado a resolver questões que estão na alçada de outros poderes, mas que, por omissão, terminam em grandes julgamentos precedidos de audiências públicas, a exemplo da questão das pesquisas com células-tronco embrionárias.

É natural que, em uma democracia, todos os cidadãos possam acusar os funcionários públicos de determinado desvio de conduta perante o poder judiciário. Não se trata o julgamento de um privilégio dos juizes, mas apenas de uma de suas atribuições previstas em

⁶³ ARAS, Augusto. Fidelidade e ditadura (intra) partidárias. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2010, p. 41.

⁶⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. Igualdade Social e Liberdade Política. Tradução de Cícero Araújo. São Paulo: Nerman, 1988, p. 115.

⁶⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 86.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 114.

constituição. O efeito lógico dessa possibilidade é que os governantes respeitem a lei ante o temor de exposição de sua figura à crítica⁶⁷.

Ao analisar o julgamento político nos Estados Unidos da América, Tocqueville salienta que a condenação de um ocupante de cargo político à morte para lhe tirar o poder parece perversa, no entanto a condenação à perda desse poder, mantendo-se a liberdade e a vida, tem um sentido mais honesto e razoável.

A decisão do poder judiciário que condena o agente público à perda do cargo e, conseqüentemente, do poder resulta em sanção que, a depender do caso, é irreversível para a imagem pública do indivíduo. Segundo Tocqueville, “os homens ordinários verão nele uma sentença que destrói sua posição, mancha sua honra e os condena a uma vergonhosa ociosidade pior que a morte”⁶⁸.

Em relação a esse ponto específico, merecem menção os processos de “impeachment” dos presidentes da república federativa do Brasil, Fernando Collor de Mello (1992) e Dilma Rousseff (2016). Há semelhanças e diferenças nesses processos que culminaram com a perda do cargo de chefe do Poder Executivo Federal.

Fernando Collor de Mello foi investigado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e foram encontrados indícios de crime de corrupção passiva e formação de quadrilha. Além disso, eleito por um partido de pequena expressão política à época, não encontrou apoio de partidos aliados, tampouco de movimentos sociais. Momentos antes de ser julgado pelo Senado Federal, apresentou renúncia em 29 de dezembro de 1992, o que não impediu a aplicação da sanção de perda dos direitos políticos por 8 (oito) anos.

Por outro lado, Dilma Rousseff foi acusada de cometer crime de responsabilidade consistente na violação à preceito da lei de responsabilidade fiscal. Ao contrário de Collor, a então presidente da república mantinha o apoio de alguns partidos da base aliada no Congresso Nacional, além de movimentos sociais como a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST)⁶⁹, inclusive com manifestações com cerca de 100.000 (cem mil) pessoas nas ruas de São Paulo a seu favor. Dilma Rousseff foi afastada definitivamente pelo Senado Federal em 31 de agosto de 2016, mas foram mantidos seus direitos políticos.

⁶⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 117.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 126.

⁶⁹ Disponível em: < http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459370703_082305.html>. Acesso em: 24 jan. 2017.

É certo que a perda de um cargo ou mandato político e, conseqüentemente, do poder é uma das sanções mais duras ao agente político, no entanto a recente história brasileira mostra que pode não ser irreversível. A título de exemplo, registre-se que Fernando Collor de Mello se elegeu em 2007 senador da república pelo Estado de Alagoas, cargo que ocupa até o presente momento.

Não é objeto de estudo desta dissertação a análise aprofundada desses processos de “impeachment”, no entanto o destaque que aqui se faz é para entender os efeitos de uma sanção de perda do poder político. É certo que Fernando Collor de Mello, antes da presidência da república, ocupou outros cargos e mandatos políticos, a exemplo dos cargos de prefeito de Maceió-AL e de governador do Estado de Alagoas, e dos mandatos de deputado estadual em Alagoas e deputado federal por Alagoas.

Esse histórico de atuação política concentrada em uma unidade da federação pode ter servido de base para o seu retorno à vida pública no cargo de senador da república pelo Estado de Alagoas. Ademais, conforme será demonstrado com maior profundidade nesta dissertação, o “marketing” político vende a imagem do candidato como homem público e herói que pretende salvar pessoas em dificuldade (os eleitores) de um suposto vilão (o candidato adversário).

Quanto à Dilma Rousseff, seu histórico de vida política passa por cargos como o de secretária de Estado do Rio Grande do Sul, Ministra de Minas e Energia e, posteriormente, da Casa Civil no governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, além de exercer por duas vezes o cargo de presidente da república.

Em relação ao seu retorno à vida política, seria prematura qualquer conclusão, pois seu afastamento é recente. Porém, da análise das informações divulgadas pela grande mídia, inclusive pelas manifestações que dividiram a opinião pública, verifica-se que sua imagem não restou tão maculada quanto à do ex-presidente Fernando Collor de Mello, que sofreu “impeachment” em um momento de completa convergência para o afastamento da presidência da república.

A questão da exposição desfavorável da imagem de uma figura pública perante seu eleitorado, inclusive por meio de técnicas como o “marketing” político, será abordada com maior profundidade no capítulo III desta dissertação.

Em relação aos sentidos e aos símbolos descritos até então, sugere-se a inserção do princípio republicano e da soberania do povo como elementos propulsores da democracia participativa, sobretudo por meio do efetivo interesse do cidadão não só em exercer seus

direitos de natureza individual, mas também em se unir aos anseios de um corpo coletivo do qual faz parte e de que depende o futuro da democracia.

CAPÍTULO II

DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DA CIDADANIA

1. Direitos de participação política e o Estado Democrático de Direito

Após a identificação do referencial teórico descrito no capítulo I, em especial o conceito de uma democracia participativa sob o viés da hermenêutica constitucional, passa-se à análise do direito fundamental reconhecido como verdadeiro pressuposto do desenvolvimento da cidadania – a informação referente a assuntos de interesse público.

O Constitucionalismo tem como essência a limitação do poder e a supremacia da lei, razão pela qual a constituição deve possuir legitimidade democrática consistente na “adesão voluntária e espontânea de seus destinatários”⁷⁰.

Ao longo do século XIX, a Revolução Francesa consolidou o modelo de Estado de direito, segundo o qual são objetos nucleares de proteção os direitos fundamentais e a separação de poderes⁷¹.

Considerando a natureza social da constituição, convém mencionar que os fatores reais de poder fixados no texto constitucional se tornam expressão de direito e criam instituições jurídicas que vinculam todos os cidadãos e os direcionam para um projeto democrático de sociedade.

Nas palavras de Ferdinand Lassale, tem-se que a constituição é a soma de forças políticas, econômicas e sociais que regem a sociedade e, por isso, “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder”⁷².

O Estado deve ser entendido como um objeto de estudo dinâmico e não estático, pois a sua existência é condicionada pela constante renovação promovida pela ação humana e pela realidade social que o cerca.

A realidade não é composta de elementos “dados, estáticos, reificados, anteriores ao inteligível, mas sim dinâmicos”⁷³, de maneira que o movimento das ideias integra o conhecimento científico e social que se desenvolve por meio de uma constante conversação.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

⁷¹ *Ibidem*, p. 277.

⁷² LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição. trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 68.

⁷³ ROCHA, Eduardo Gonçalves. Teoria constitucional-democrática e subjetividade: problematizando o sujeito de direito. 2013. 208 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB, p. 22.

As relações de poder se caracterizam pela dualidade entre poder e contrapoder, isto é, entre a reprodução do poder institucionalizado e os desafios impostos a este poder por diversos atores sociais que não se sentem devidamente representados em seus valores e interesses⁷⁴.

A política é um instrumento de manutenção e de proteção dos valores constitucionais de uma sociedade. A convocação da constituinte e o processo de concessões mútuas entre grupos políticos adversários revela que a constituição não se limita ao caráter normativo, mas alcança uma natureza política.

Por meio da constituição, a política é regulada pelo direito e recebe legitimidade, ao passo que, por outro lado, as normas gerais e abstratas do direito moderno passam a apresentar uma densificação social que só o aparato político da organização estatal pode lhe conferir⁷⁵.

Dentre as funções conhecidas de uma constituição está a de promover a formação de consensos mínimos de valores democráticos, de modo a proteger o núcleo essencial de decisões ocasionais de uma maioria política, em regra por meio de limites materiais ao poder de reforma. Além disso, a demonstrar a necessidade de se manter o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia – conceitos complementares –, a constituição deve garantir o pluralismo político e a participação popular.

Sabe-se que a função dos direitos fundamentais catalogados na Constituição Federal de 1988 não se limita à defesa do cidadão contra os poderes públicos. Ingo Sarlet⁷⁶ defende a existência da multifuncionalidade dos direitos fundamentais e, inclusive, conclui que a doutrina dos quatro *status* de Georg Jellinek pode ser considerada atual no âmbito da classificação dos direitos fundamentais.

Em linhas gerais, o *status* seria uma espécie de situação em que se encontraria o indivíduo em relação ao Estado.

O primeiro *status*, denominado de *status* passivo, determina a subordinação do indivíduo aos poderes estatais e a existência apenas de deveres e não de direitos. O Estado detém competência para vincular juridicamente o cidadão por meio de mandamentos e proibições. Em seguida, fala-se em *status* negativo, situação em que seria reconhecida ao indivíduo uma “esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado”. O terceiro

⁷⁴ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 55.

⁷⁵ COSTA, Alexandre Bernardino. O desafio do Poder Constituinte. In: RIBAS, L. O. Constituinte Exclusiva: um outro sistema político é possível. São Paulo, Expressão Popular, 2014, p. 88.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 162.

status de Jellinek é o *status* positivo, por meio do qual o cidadão exige do Estado certas ações positivas, a exemplo de inúmeros direitos sociais.

O quarto *status* é o *activus*, segundo o qual o cidadão é considerado “titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como por exemplo, pelo direito de voto”⁷⁷.

Para o sistema jurídico, as normas de direitos fundamentais designam a soma de dois fatores: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material.

A fundamentalidade decorre da prioridade dos direitos do homem em todos os graus do sistema jurídico, inclusive perante o legislador. Um interesse é fundamental quando sua violação ou não satisfação significa a morte ou lesão grave do direito ou, ainda, acerta-lhe o núcleo da autonomia⁷⁸.

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais advém da posição no ápice da estrutura escalonada do sistema jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Ao lado da fundamentalidade formal, a fundamentalidade substancial se refere a decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e aos valores considerados essenciais pela sociedade. O papel central desempenhado pelos direitos fundamentais resulta da junção entre a fundamentalidade formal e a fundamentalidade substancial⁷⁹.

Segundo Luís Roberto Barroso, os princípios oferecem uma identidade ideológica e ética ao sistema jurídico e “seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a solução adequada para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça”⁸⁰.

O objeto desta dissertação – colisão entre o direito à informação do eleitor e o direito à imagem do candidato – envolve a incidência de direitos fundamentais na relação entre particulares, o que denota a horizontalidade dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que este trabalho não defende a ideia de que o direito à imagem do candidato se reduz ao interesse privado. Como será aprofundado mais adiante, sobretudo no capítulo III, a imagem do candidato a cargo ou mandato eletivo representa muito mais o

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 163.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48.

⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 520-522.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 244.

interesse público em conhecer características que transmitam a aptidão ao exercício da representação do cidadão do que o interesse particular do candidato em proteger sua intimidade e privacidade.

Em estudo sobre teoria da justiça, John Rawls adverte que os partidos políticos não se reduzem a grupos de pessoas com reivindicações ao governo em benefício próprio, mas “para conquistar o apoio necessário e conseguir vencer eleições, devem apresentar alguma concepção de bem público”⁸¹.

A possibilidade aqui levantada se justifica pelo fato de que, em caso de violação de direito fundamental previsto em ordenamento criado pelo Estado, ao indivíduo se confere a possibilidade de requerer a eficácia horizontal de direitos fundamentais contra a violação cometida por outro particular.

Ao afirmar a possibilidade de ameaça horizontal a direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva destaca que “não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si”⁸².

Mais uma vez, é necessário frisar que o candidato é o vetor de realização da democracia, de modo que sua função é prioritariamente de natureza pública, até porque será eleito pela junção de interesses de camadas distintas de eleitores, cada qual com suas demandas e convicções para o desempenho do *munus* público do parlamentar ou do chefe do Poder Executivo.

Incluem-se entre os direitos do indivíduo em face do legislador o direito à proteção contra outros indivíduos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil, o que evidencia que as normas de direitos fundamentais também possuem aplicação na relação cidadão/cidadão⁸³.

Registre-se que o candidato a cargo ou mandato político é regido pelo sistema eleitoral constitucional, inclusive com direitos e garantias, a exemplo da máxima igualdade na disputa eleitoral e, quando eleito, por exemplo, à liberdade de pensamento e convicção na votação de matérias legislativas, apesar de essa última relação estabelecer, em tese, um conflito com o instituto da fidelidade partidária.

⁸¹ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 274.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52.

⁸³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 524.

Para fins de construção do efeito perante terceiros, Robert Alexy demonstra a diferença entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. Na primeira, em regra⁸⁴, há apenas um titular de direitos fundamentais e, na segunda, ambos os sujeitos são titulares de direitos fundamentais.

A fim de demonstrar a equivalência de resultados entre as construções, são possíveis três teorias: uma de efeitos indiretos perante terceiros, uma de efeitos diretos e uma de efeitos mediados por direitos em face do Estado⁸⁵.

Segundo a teoria de efeitos indiretos, os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas” ou princípios objetivos, influenciam a interpretação do direito privado. No que se refere ao juiz, o efeito irradiador fundamenta o dever de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação.

Já a teoria de efeitos diretos mantém-se fiel à concepção clássica e estrita de que os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos e se dirigem somente contra o Estado.

Por sua vez, a terceira teoria (efeitos mediados) traduz a relação cidadão/cidadão como consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos. Na medida em que cria e impõe um sistema de direito, o Estado participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a direitos fundamentais de outro cidadão.

Para as três teorias, o sopesamento pode levar a regras relativamente genéricas, situação em que, em determinados âmbitos do direito, alguns direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida⁸⁶.

O juiz está, *a priori*, vinculado ao direito vigente, na forma de leis, precedentes e da dogmática comumente aceita, razão pela qual, se quiser se afastar disso, em atenção aos princípios de direitos fundamentais, deve assumir o ônus argumentativo⁸⁷.

2. A cidadania e o acesso à informação

⁸⁴ Ingo Wolfgang Sarlet defende que pessoas jurídicas de direito público também podem ser titulares de determinados direitos fundamentais, porque, “em se tratando de um Estado Democrático de Direito, [...] que o Estado e a Sociedade não são setores isolados da existência sociojurídica, sendo precisamente no espaço do público que o indivíduo logra desenvolver livremente sua personalidade”. Nesse contexto, aponta para a possibilidade de o Estado ser titular de direitos fundamentais de cunho formal, a exemplo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem assim de direitos fundamentais de ordem material, como é o caso da autonomia universitária prevista no artigo 207 da Constituição Federal. (SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 231-232).

⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 529.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 532.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 541.

A República Federativa do Brasil elegeu a cidadania como um de seus fundamentos, à luz do disposto no artigo 1º, II, da Constituição Federal de 1988⁸⁸. A participação popular em movimentos sociais, políticos e econômicos pode demonstrar o grau de cidadania de determinada sociedade. E, mais, como princípio constitucional fundamental, a cidadania há de fomentar os interesses dos cidadãos em busca da concretização de um legítimo Estado Democrático de Direito.

A cidadania é um processo em constante construção⁸⁹ que confere o *status* de “cidadão” ao ser humano, tudo para que lhe seja assegurado um rol mínimo de garantias, a exemplo da liberdade e da igualdade, em contraposição a qualquer atuação arbitrária do Estado.

Marilena Chauí⁹⁰ defende que a democracia moderna é caracterizada pela passagem da democracia liberal para a democracia social, cenário em que as classes populares e os excluídos podem reivindicar novos direitos. Em suas palavras, a cidadania se constitui pela criação de espaços sociais de lutas (movimentos populares e movimentos sindicais) e pela instituição de formas políticas de expressão permanente (partidos políticos, estado de direito, políticas econômicas e sociais) que reconheçam direitos.

Apesar de não ser uma questão unânime, autores como Paulo Bonavides perfilham o entendimento de que o direito à democracia, à informação e ao pluralismo se inserem no rol de direitos fundamentais da quarta geração ou dimensão.

Segundo o entendimento do doutrinador, a sua classificação se refere à globalização política da teoria dos direitos fundamentais, isto é, busca-se a institucionalização do Estado social. O direito à informação é indispensável para a concretização de uma sociedade aberta para o futuro “para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”⁹¹.

⁸⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁸⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001.

⁹⁰ CHAUÍ, Marilena. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. In: TEIXEIRA, Ana Cláudia. Os sentidos da democracia e da participação. São Paulo: Instituto Pólis, 2005, p. 25.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

A realização da soberania popular requer que o povo exerça direção e controle do poder político, em que pese o sistema brasileiro tenha adotado o mandato representativo partidário. Para que esse controle seja eficaz, os programas e a atuação dos partidos políticos e dos representantes devem ter como característica básica a publicidade, até para que o eleitorado tome uma decisão a partir do conhecimento dos “motivos, fins e consequências presumíveis das atividades e dos planos políticos”⁹². Apenas dessa forma é possível entender o regime como democrático: o poder precisa ser exercido em público.

A efetiva participação popular nos assuntos de interesse público depende de uma compreensão mínima do cidadão sobre eventual decisão política do Estado e suas consequências para a coletividade.

Assentadas as premissas, há de se registrar que o direito fundamental à informação é tripartite: direito de informar, de se informar e de ser informado⁹³.

O direito de informar consiste na liberdade do indivíduo para passar informações sem a prévia intervenção do Estado no tocante ao fluxo de ideias. Por sua vez, o direito de se informar nada mais é do que a “permissão constitucional de pesquisar, buscar informações, sem sofrer interferências do Poder Público, salvo as matérias sigilosas, nos termos do artigo 5º, XXXIII, parte final”⁹⁴.

Ainda, o direito de ser informado presume a existência de um sujeito que possui o dever de informar – em regra, o Poder Público – e de um sujeito que tem “o direito de ser mantido constantemente informado sobre os negócios e atividades públicas”⁹⁵ – o cidadão.

O direito à informação integra a classificação de direitos fundamentais de natureza positiva e que, portanto, exige do sujeito obrigado – o Poder Público ou o particular – uma prestação para sua efetiva fruição.

2.1. Previsão normativa do direito à informação

É relevante ressaltar que o direito à informação encontra previsão internacional e nacional, seja constitucional ou legal.

No âmbito internacional, o direito à informação está presente no artigo 19 da

⁹² SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 31.

⁹³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à Intimidade e à Liberdade de Informação Jornalística após a EC n. 45/04. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n.13, p. 187, abril/junho, 2006, p. 187.

⁹⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166-167.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 167.

Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)⁹⁶, por meio do qual o direito à liberdade de opinião e de expressão assegura ao cidadão a possibilidade de ter opiniões, procurar, receber e transmitir informações e ideias sem limitações de qualquer natureza, inclusive territorial.

Cumprir destacar, ainda, que o direito de obter e difundir informações encontra-se disciplinado no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁹⁷.

O preâmbulo da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2000, estabelece que a garantia do acesso a informações em poder do Estado qualifica os atos de governo como transparentes e, por consequência, assegura o desenvolvimento de instituições cada vez mais democráticas.

A título de nota, registre-se que o texto constitucional espanhol, em seu artigo 20, disciplina a liberdade de expressão e os direitos de comunicação intelectual como garantias de uma comunicação pública livre⁹⁸. Segundo a previsão estrangeira, são reconhecidos ao cidadão i) o direito de expressar e difundir livremente pensamentos, ideias e opiniões; ii) o direito à produção e criação literária e artística; iii) o direito à liberdade de cátedra; e iv) o direito a se comunicar e receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão.

Segundo a doutrina de Javier Pérez Royo⁹⁹, o direito à informação é um direito duplo: direito de comunicar e direito de receber informações. Nesse contexto, seria garantido a todos os cidadãos o direito de transmitir informações, porém em plano superior estaria o direito dos profissionais da comunicação, sobretudo para uma sociedade democrática que se desenvolve por meio do fluxo de informações.

No direito constitucional espanhol, um dos pressupostos para a transmissão da informação é a veracidade do fato a ser informado ao público. Porém, como salienta Javier Pérez Royo¹⁰⁰, não bastam a veracidade e a relevância pública da notícia para a sua transmissão ao espectador, mas o meio pelo qual a mensagem é passada para formar a opinião

⁹⁶ Artigo 19 - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

⁹⁷ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

⁹⁸ ROYO, Javier Pérez. Curso de Derecho Constitucional. 12. ed. rev. e atual. por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 328.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 334.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 339.

pública. Não se admite que a informação seja divulgada por forma que resulte em exposição injuriosa ou insultante para a imagem das pessoas cujas condutas são objeto de transmissão ao público.

Em síntese, o direito espanhol¹⁰¹ apresenta três limites ao direito de informar: a veracidade da informação, a relevância pública do fato a ser informado e a forma apropriada de transmitir a informação e servir de base para a formação da opinião pública.

No plano constitucional brasileiro, de igual modo, o direito à informação foi objeto de proteção pelo constituinte originário em diversos dispositivos.

Segundo o artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, é assegurado a todos o acesso à informação, de tudo a revelar que se trata de direito fundamental individual acobertado por cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988).

Já o inciso XXXIII do artigo 5º dispõe que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”, ressalvadas as sigilosas indispensáveis à segurança nacional, hipótese que expõe não só o interesse particular em obter informações dos órgãos públicos, mas também o interesse coletivo – e, advirta-se, público – em acompanhar as decisões e rumos políticos e econômicos da sociedade em que está inserido o cidadão.

A busca por informações e a obtenção de certidões junto a repartições públicas são asseguradas aos cidadãos independentemente de pagamento de taxas, à luz do artigo 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal.

A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade e seus agentes devem atuar segundo os ditames legais, a exemplo do dever a eles imputado de garantir o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, em conformidade ao disposto no artigo 37, *caput* e § 3º, II, da Constituição Federal de 1988.

A informação pública pode constituir bem imaterial do patrimônio histórico e cultural da nação nos termos do artigo 216, *caput* e § 2º, da Constituição Federal de 1988, bem assim registrar a identidade e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, cabendo à administração pública adotar todas as providências para franquear o seu acesso aos cidadãos.

O artigo 220 da Constituição Federal trata de tema relacionado à comunicação social, de modo que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não podem sofrer qualquer restrição, observadas as

¹⁰¹ ROYO, Javier Pérez. Curso de Derecho Constitucional. 12. ed. rev. e atual. por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 344.

ressalvas constitucionais. Esse cenário revela a importância que o constituinte conferiu a um dos pilares do próprio regime democrático – a comunicação social.

Ao comentar “A Democracia na América” de Alexis de Tocqueville, Raymond Aron sustenta que a liberdade de imprensa tem alguns inconvenientes como a prática de abusos na transmissão de mensagens ao público, no entanto conclui que “a liberdade total é preferível à sua supressão completa” e que “entre as duas formas extremas, não há uma intermediária”¹⁰².

O discurso deve ser acessível a todos que pretendem contribuir com argumentos para a solução de um problema, em especial por meio da concessão de oportunidades equânimes aos participantes do discurso.

Sobre o tema, Manuel Castells defende que “quanto maiores e mais verticais as organizações de comunicação forem, mais o envio de mensagem será concentrado, e mais o receptor da mensagem será individualizado e controlado”¹⁰³. Para se manter democrático, o discurso há de ser horizontal e de livre difusão, até para que o receptor da mensagem – o cidadão e o eleitor – tenha condições razoáveis de construir o seu próprio convencimento sobre determinada notícia e não apenas aceitar a informação imposta pela grande mídia.

Ainda, o discurso não deve prevalecer mediante a violência ou o uso da força, bem assim há de ser transparente e honesto com o seu destinatário, o que reforça a relevância da retórica para a análise e compreensão do alcance da propaganda eleitoral e dos efeitos para a democracia.

E no que se refere à transparência e honestidade do discurso, a mídia é o espaço em que são decididas as relações de poder entre atores políticos e sociais. A mídia impõe a esses atores normas reguladoras, linguagem e, até mesmo, seus próprios interesses. Como afirma Manuel Castells, “a mídia, como um todo, não é neutra, como a ideologia do jornalismo profissional afirma”¹⁰⁴, de modo que são construídas plataformas de comunicação e de mensagens de acordo com seus interesses organizacionais e profissionais específicos.

No âmbito da comunicação social, a língua e a fala são espaços de poder. A linguagem admite a construção de um campo de dominação, porquanto qualquer espécie de classificação é uma seleção, isto é, “um corte que exclui outras possibilidades de expressão”¹⁰⁵.

¹⁰² ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 210.

¹⁰³ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 32.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 248.

¹⁰⁵ ROCHA, Eduardo Gonçalves. Teoria constitucional-democrática e subjetividade: problematizando o sujeito de direito. 2013. 208 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB, p. 36.

Feitas essas considerações, conclui-se que o direito à informação é norma constitucional que exige uma prestação positiva para sua efetiva realização, seja pelo Estado ou pelo particular que detém a informação de interesse do cidadão.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a norma constitucional pode atribuir – e esse é o caso do direito à informação – “o poder jurídico de exigir este desfrute, se turbado por terceiro ou negado por quem tinha que satisfazê-lo”¹⁰⁶.

Salvo hipóteses excepcionais previstas no ordenamento jurídico, o direito à informação é direito fundamental do cidadão que deve ser assegurado a fim de robustecer a incidência de outros direitos igualmente fundamentais, como é o caso da democracia, da dignidade da pessoa humana, dos direitos sociais e da liberdade de expressão.

No mesmo sentido, há normas infraconstitucionais que realizam o direito à informação e, por corolário, contribuem para o desenvolvimento da cidadania.

Dentre estas normas está a Lei Federal n. 12.527/2011, que regulamenta os procedimentos a serem adotados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para garantir ao cidadão o acesso a informações públicas.

Em síntese, estabelece o seu artigo 3º, inciso I, que dentre as diretrizes que a administração pública deve adotar está a de observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, circunstância que melhor concretiza o direito fundamental à informação.

E não é qualquer espécie de acesso que a referida norma assegura ao cidadão. Além de fixar o acesso à informação como dever do Estado e, portanto, direito do cidadão, o seu artigo 5º dispõe que os procedimentos de consulta devem ser objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

Já o artigo 21 da Lei Federal n. 12.527/2011¹⁰⁷ define que não se pode negar acesso à informação indispensável à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, inclusive obsta a restrição de acesso em casos de violação de direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas.

Depreende-se, portanto, que a referida Lei está em consonância não só com as normas internacionais de direitos humanos, mas também com a ordem constitucional vigente

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 24.

¹⁰⁷ Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

que assegura ao cidadão o acesso à informação para, dentre outros efeitos, promover o efetivo exercício da cidadania.

Destaque-se que a Lei Federal n. 9.265/1996 dispôs sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Em seu artigo 1º, inciso III¹⁰⁸, considerou que os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública são atos necessários ao exercício da cidadania e, por essa razão, devem ser gratuitos.

Ao reconhecer a regra republicana de total transparência no acesso a documentos públicos, o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁹ firmou entendimento no sentido de que, sendo o sigilo uma exceção e a publicidade uma regra, ao cidadão é dado o direito de acompanhar a vida política e econômica da sociedade a que está vinculado, até porque o direito à informação foi homenageado tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador ordinário.

2.2. Direito à informação como meio de efetivação da participação popular e da cidadania

A democracia, a liberdade de expressão e os direitos sociais são considerados fundamentais pelo texto constitucional, assim como o é o direito à informação, razão pela qual devem ser interpretados positivamente como garantias de participação e de cidadania, tudo para que sua função originária seja devidamente preenchida.

2.2.1. Cidadania e Democracia

A adoção do regime democrático e do pluralismo político como elementos de sustentação do Estado brasileiro pressupõe um debate de opiniões por todos os cidadãos, sem qualquer espécie de ato discriminatório. E não se trata de qualquer participação, mas sim de conceder voz aos indivíduos que pretendem contribuir para a escolha dos seus governantes e dos rumos de sua sociedade, sempre com respeito e salvaguarda permanentes à participação popular e à dignidade da pessoa humana.

No âmbito da Teoria Constitucional, além de limitar o poder estatal, o princípio

¹⁰⁸ Art. 1º São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados:

[...] III - os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública;

¹⁰⁹ Esse foi o entendimento firmado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em 4 de março de 2015, no julgamento do Mandado de Segurança n. 28178, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

democrático se apresenta como indicativo da participação popular na formação da vontade política, bem assim legitima a proteção dos direitos fundamentais.

É que, conforme o preâmbulo da Constituição Federal de 1988¹¹⁰, ao Estado Democrático cabe assegurar valores supremos como o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, de maneira a fixar como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao dissertar sobre as possibilidades de reforma constitucional por participação popular, Eduardo Ribeiro Moreira salienta que a deliberação entre os cidadãos permite a reflexão de seus direitos e empresta legitimidade material ao sistema democrático representativo:

Outro ponto a favor de consulta popular por referendo é que o exercício de participação popular capacita o povo a refletir sobre seus direitos. A deliberação entre os cidadãos comuns empresta legitimidade à política pública. Para muitos, a falência do sistema democrático representativo é um dado que se faz perceber pela ausência dos eleitores no debate¹¹¹.

Considerando a relação entre representação e mandato como instrumento de viabilização do ideal republicano, sobretudo no âmbito da democracia representativa, Geraldo Ataliba ressalta a importância do livre acesso às informações e da construção de uma consciência cívica por parte dos eleitores, *litteris*:

[...] a própria conceituação do consentimento popular – que tem base no contrato social desenvolvido pela ciência política europeia, ou na teoria e prática dos compacts norte-americanos – só encontra cabal aperfeiçoamento com a configuração do mandato como instituto jurídico. Daí a importância da observação de Durkheim no sentido de que o poder não é um simples fato material, mas profundamente ligado às ideias, crenças e representações coletivas. Isto mostra que o adequado funcionamento do instituto depende da compenetração dos mandatários, da consciência cívica dos mandantes e do livre debate de ideias e informações¹¹².

¹¹⁰ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

¹¹¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Teoria da Reforma Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105.

¹¹² ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 3. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92.

Não obstante a inexistência de direito absoluto ou universal, cumpre registrar que o constitucionalismo do futuro ou do porvir de José Roberto Dromi, apesar das críticas, prevê sete valores supremos a serem observados pelas futuras constituições a fim de alcançar um ponto de equilíbrio entre “as concepções extraídas do constitucionalismo moderno, as metas do constitucionalismo contemporâneo e a concretização dos ideários do neoconstitucionalismo”¹¹³.

As sete premissas são: a) verdade; b) solidariedade; c) consenso; d) continuidade; e) participação; f) integração; g) universalização.

Ao menos, os valores da verdade, do consenso e da participação estão intrinsecamente relacionados ao direito de informação.

A verdade é um atributo a ser buscado pelos governantes no âmbito das suas constituições, sobretudo para assegurar aos cidadãos a necessária transparência na divulgação de previsões e metas de governo, de modo que a promessa não ultrapasse os limites do não exequível¹¹⁴.

Ante a diversidade ideológica que envolve a nova ordem constitucional, “consenso não significa necessariamente a ideologia da maioria, mas sim a adesão consensual e solidária da parte que consente com o todo, em prol de um interesse maior”¹¹⁵.

Nesse ponto, convém esclarecer em que medida a atribuição de sentidos exposta no capítulo I pode contribuir para a construção e manutenção de um estado democrático de direito. A democracia não pode ser definida exclusivamente como o governo da maioria, sob pena de se cancelar uma ditadura da maioria. É natural, e até saudável, que a democracia permita a existência de dissensos e tolerância para que se alcance o consenso e o desenvolvimento da própria sociedade.

Ainda segundo o entendimento de José Roberto Dromi, participação política não se resume ao direito de voto, mas integra o direito da sociedade em interagir ativamente em prol da construção e aperfeiçoamento da democracia participativa e do Estado Democrático de Direito.

De acordo com essas premissas, a cidadania pode ser definida como um direito fundamental que se realiza por meio da transparência e divulgação de informações de interesse público/coletivo (verdade), da adesão consensual e solidária dos cidadãos em prol de

¹¹³ SOARES, Andrea Antico; RIGOLDI, Vivianne. O Constitucionalismo do futuro de José Roberto Dromi: Questões acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal. In Revista “Em Tempo”, Marília, v. 12, 2013, p. 436.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 436.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 437.

um bem maior e comum (consenso) e da interação dos cidadãos na construção e aperfeiçoamento das instituições democráticas (participação).

Manuel Castells reconhece a importância da “internet” como ferramenta de política institucional tão central quanto a televisão. Segundo o autor, a rede mundial de computadores tem um papel ainda maior do que a televisão sob a perspectiva da participação política. É que “a televisão se concentra em campanhas eleitorais ou em momentos críticos de atenção da mídia, tais como crises nacionais e internacionais, enquanto a internet agora fornece contato diário entre políticos e cidadãos”¹¹⁶.

Ademais, a “internet” possui outra vantagem sobre a televisão. Em regra, a grande mídia é um espaço de maior controle sobre o conteúdo da informação, ao passo que a “internet” é um espaço que confere maior liberdade e autonomia para a divulgação de informações. Nas palavras de Manuel Castells, a difusão reiterada de movimentos que buscam a mudança de estruturas de poder, quando realizada no espaço da autonomia, pode transformar um sentimento passivo como a esperança em um sentimento ativo como a indignação, *litteris*:

Seguindo a lógica das redes de internet, os movimentos são virais, não só pela natureza viral da difusão da mensagem, mas também por conta do efeito imitador, que resultou em movimentos brotando em toda parte. [...] Ver e ouvir protestos em todo lugar, mesmo em contextos distantes e culturas diferentes, inspira a mobilização porque desencadeia a esperança da possibilidade de mudança. E quando a deliberação acontece no espaço da autonomia, a esperança se transforma em indignação¹¹⁷.

E nesse contexto de participação do povo em assuntos de seu interesse é que a cidadania se relaciona intimamente com o direito à informação.

O conceito de cidadania, portanto, está intrinsecamente relacionado ao princípio democrático. É que, “sendo a democracia um conceito histórico que evolui e se enriquece com o evoluir dos tempos, assim também a cidadania ganha novos contornos com a evolução democrática”. Essa nova ideia de cidadania é o “foco para onde converge a soberania popular”¹¹⁸.

A título de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cabe mencionar o entendimento firmado nos autos da Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n. 128.883/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no sentido de que, sobretudo em matéria de conhecida

¹¹⁶ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 33.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 50.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151.

relevância para a sociedade¹¹⁹, deve-se garantir o amplo acesso e ingresso de cidadãos às casas legislativas para acompanhar os trabalhos de discussão e aprovação de normas que terão incidência em seu cotidiano.

Esse entendimento reforça a relevância constitucional conferida à democracia participativa na construção de um ambiente plural em que a regra republicana seja a disponibilização de informações de interesse público e coletivo ao cidadão.

Colhe-se do voto da Ministra relatora que, à luz da jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹²⁰, desde que observadas as normas internas e o poder de polícia inerente à administração pública, deve ser garantido o livre acesso de cidadãos aos recintos públicos de casa legislativa, com o resguardo de seus direitos fundamentais, a exemplo do direito à liberdade e à informação.

Seria um contrassenso e, até mesmo, uma afronta à democracia se houvesse qualquer óbice à presença do povo em sua casa – o Parlamento – para acompanhar e discutir, de forma adequada e, quando possível, por meio de associações e entidades de classe, propostas normativas que venham a disciplinar a vida em sociedade ou a efetividade dos direitos fundamentais.

2.2.2. Cidadania e Liberdade de Expressão

No âmbito da relação entre cidadania e liberdade de expressão, Alexis de Tocqueville adverte que “num país em que reina ostensivamente o dogma da soberania do povo, a censura não é apenas um perigo, mas um grande absurdo”¹²¹.

A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento é um princípio constitutivo dos Estados Democráticos de Direito e seus limites devem ser impostos com cautela, sobretudo porque incide na construção e manutenção de instituições democráticas fortes em prol do bem comum.

O artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 estabelece que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, assim como o inciso IX do citado artigo dispõe que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

O constituinte tanto protegeu a livre circulação de ideias que o artigo 220 do texto

¹¹⁹ No referido caso, estava em discussão a PEC n. 171/1993, que tratava da redução da maioria penal.

¹²⁰ A Ministra Cármen Lúcia, ao deferir parcialmente o pedido liminar, citou dois precedentes: HC n. 81.527 (DJE 18.12.2001) e HC n. 127.520 (DJE 10.04.2015).

¹²¹ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 209.

constitucional determina que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Por certo, há limites à liberdade de expressão, em especial no tocante aos abusos decorrentes da violação à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada das pessoas, direito igualmente fundamental e objeto de tutela constitucional, segundo o disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição de 1988.

No âmbito da vigente ordem constitucional, a escolha por determinada espécie de leitura, imagem, som e outros veículos de informação cabe ao indivíduo e “o Estado não deve se intrometer, salvo em situações excepcionais e tão somente para preservar outros valores constitucionais, dentro do critério da estrita necessidade”¹²².

Ressalvadas as hipóteses que autorizam a sua restrição, o direito à liberdade de expressão há de ser observado pelos agentes estatais, notadamente para permitir o livre debate de ideias e opiniões que, em *ultima ratio*, concretiza o direito de informar e leva ao constante desenvolvimento de práticas democráticas.

Ermelino Costa Cerqueira¹²³ disserta sobre a relevância da comunicação social e a define como o meio de manifestação e recepção de pensamentos decorrente da liberdade inerente ao exercício da democracia, além de configurar meio idôneo de fiscalização popular dos atos de governo.

Alexis de Tocqueville já anunciava, desde o século XIX, a relevância da imprensa. Segundo o autor, “é ela cujo olho sempre aberto põe incessantemente a nu os mecanismos secretos da política e força os homens públicos a comparecer sucessivamente diante do tribunal da opinião”¹²⁴. Ainda, a convergência de um grande número de órgãos da imprensa possibilitaria a formação de uma opinião pública.

A livre circulação de notícias e o acesso às suas fontes, pela publicidade dos atos de governo, pela liberdade de imprensa e de discussão, reunião e associação permitem a fiscalização dos governantes e dos representantes eleitos pelo povo, inclusive com a possibilidade de responsabilização pelos seus atos¹²⁵.

¹²² MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

¹²³ CERQUEIRA, Ermelino Costa. Liberdade de expressão, ADPF nº 130 e censura judicial: vácuo legislativo. In: Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao prof.º Carlos Rebelo Júnior. Organizador: Ubirajara Coelho Neto. Aracaju: Evocati, 2013, p. 160.

¹²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 214.

¹²⁵ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 3. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 70.

Segundo a ótica de John Rawls, há de se reconhecer a incidência do princípio da igual participação no procedimento político definido pela constituição. É que todos os cidadãos devem ter um direito igual de “participar do processo constituinte que define as leis às quais devem obedecer, bem como seu resultado final”¹²⁶. Ainda, salienta que a justiça como equidade tem por princípio a ideia de um ponto de vista inicial de igualdade em que cada pessoa é representada de maneira equitativa.

E nessa ótica de garantia da participação política de todos os cidadãos, pode-se citar algumas providências adotadas pela Justiça Eleitoral, a exemplo da necessidade de recursos de legenda e também da Linguagem Brasileira de Sinais (Libras), além da fixação de cotas de gênero na política.

Não obstante os avanços tecnológicos, a atuação dos veículos de comunicação social, por si só, implica a seleção de algumas informações e a decisão de como serão apresentadas ao leitor/espectador. Essa inevitável parcialidade influencia a formação da opinião pública e do consenso geral, por intermédio da definição de temas nucleares e da restrição do debate.

A cobertura da imprensa, com ênfase em aspectos personalistas e escândalos políticos, contribui para o declínio do engajamento cívico do eleitor, quando, em verdade, o momento de campanha eleitoral deveria ser utilizado para apresentar aos cidadãos propostas e pensamentos políticos em prol da coletividade.

O Tribunal Superior Eleitoral fixou novas diretrizes jurisprudenciais sobre o conteúdo que pode ser veiculado no horário eleitoral gratuito nos meios de comunicação. Em síntese, firmou-se o entendimento no sentido de que:

[...] somente são permitidas publicidades de cunho propositivo, ou seja, aquelas destinadas a transmitir ao eleitor o ideário da campanha, circunscrito aos projetos, propostas e programas de governo, impedindo-se, por conseguinte, a veiculação de críticas e comparações de caráter pessoal, mesmo que amparadas em matéria jornalística ou qualquer outro elemento que lhes dê suporte¹²⁷.

Na oportunidade, o Tribunal Superior Eleitoral assentou que candidatos, partidos e coligações devem privilegiar os debates políticos de interesse do país, apresentando propostas e programas de governo, atendendo à finalidade da propaganda eleitoral gratuita e respeitando a integridade do espaço destinado ao esclarecimento do eleitor.

¹²⁶ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 273.

¹²⁷ Entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 16 de outubro de 2014, no julgamento da Representação n. 1658-65/DF, de relatoria do Ministro Admar Gonzaga Neto. Registre-se que esse entendimento foi mantido em outros julgamentos, a exemplo do Agravo de Instrumento n. 102.861/BA.

Apesar do entendimento jurisprudencial acima exposto, esta dissertação propõe que a divulgação de fatos já tornados públicos anteriormente, seja em matéria jornalística ou em processo judicial em curso, merecem publicidade em campanhas eleitorais, sobretudo para que o eleitor exerça sua cidadania por meio de um consenso qualificado.

E, mais, até mesmo fatos da vida familiar ou mesmo pessoal, desde que interfiram na relação de confiança entre o povo e seu pretenso candidato representante, também podem ser divulgados para a formação de uma opinião pública livre sobre a aptidão ou não de determinado candidato para gerir o interesse da coletividade, além de atestar se o candidato tem condições morais e de idoneidade para o exercício de uma função pública.

Por certo, até mesmo pela necessidade de debates plurais e de reconhecimento das diferenças humanas para o desenvolvimento da própria sociedade democrática, a campanha eleitoral não deve ser um ambiente asséptico e estático. Todos os fatos que extrapolem a privacidade do candidato e que representem interesse público em razão de sua capacidade para influenciar na formação da convicção do eleitor merecem publicidade e podem ser veiculados em propaganda eleitoral¹²⁸.

A liberdade de expressão tem um papel central no processo de desenvolvimento da democracia. Sem o livre fluxo de informações e ideias, o cidadão não pode emitir opiniões embasadas sobre o seu governo, os representantes eleitos, as políticas públicas e outros temas de interesse social.

2.2.3. Cidadania e Direitos Sociais

Conforme exposto no capítulo I, Alexis de Tocqueville¹²⁹ se debruça sobre o que chamou de sistema comunal. Em suas palavras, o amor à pátria é uma espécie de culto a que se chega pelas práticas sociais.

A vida em comunas é manifestada a cada instante em que um dever é cumprido ou

¹²⁸ Nesse sentido:

DIREITO ELEITORAL – PROPAGANDA GRATUITA NO RÁDIO – MATÉRIA OFENSIVA – CIRCUNLÓQUIO – UTILIZAÇÃO – IMPUTAÇÃO AO CANDIDATO OPOENTE DA QUALIFICAÇÃO DE CORRUPTO – OFENSA VELADA – FATO OFENSIVO À HONRA – DIREITO DE RESPOSTA – CONCESSÃO –

- A campanha política não é ambiente asséptico nem pode ser traduzida como óbice ao alinhamento de críticas à atuação pública dos candidatos e à difusão de fatos que, extrapolando sua privacidade, revistam-se de interesse público por serem aptos a interferirem na formação da convicção do eleitor, à medida que a liberdade de pensamento político tem como palco mais eloquente a propaganda eleitoral, e, como espécie da liberdade de expressão assegurada e resguardada pelo legislador constituinte, tem como limite somente a honra alheia. [...] (BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal. RRP 275984, Rel. Teófilo Rodrigues Caetano Neto, DJe 13.09.2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

¹²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 79.

um direito é exercido pelo cidadão. Esse movimento é contínuo, harmônico e calmo, o que garante a evolução da sociedade sem prejudiciais atropelos e, por consequência, o fortalecimento da cidadania.

Conforme as lições de John Rawls, a autoridade que decide as políticas sociais básicas pertence a “um corpo de representantes escolhido para exercer mandatos delimitados durante um período determinado, por um eleitorado ao qual esses representantes devem prestar contas”¹³⁰. Com isso, reconhece-se ao mandatário muito mais do que uma função consultiva.

E para entender a influência do direito à informação para a compreensão de promessas de campanha que envolvem a implementação de políticas públicas, é necessário tecer breves comentários sobre os direitos sociais à luz do texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, enumera como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, dentre outros.

Os direitos sociais são, portanto, direitos de prestações positivas do Estado em favor de seu titular – o cidadão –, sobretudo quando constatadas as situações fáticas que permitem aferir a existência de um bem jurídico a ser tutelado e o seu garantidor – o Estado.

As políticas públicas surgem como espécie de ação estatal para atender aos direitos dos cidadãos e às demandas informadas pela sociedade. A sua função primordial é materializar direitos previstos em leis mediante uma estratégia de operacionalização, um marco de orientação da autoridade estatal e sua relação com a sociedade à luz do interesse público.

A título de exemplo, se a educação é também um direito fundamental e universal – e dever do Estado –, os cidadãos em geral têm interesse e legitimidade para ter acesso a planos e metas de políticas públicas desse setor.

Não é raro que candidatos incluam em sua plataforma de governo políticas públicas referentes a áreas como educação, saúde e segurança. E, diante da veiculação de propaganda eleitoral que compare candidatos nestes quesitos, é importante que o eleitor tenha uma informação clara e precisa para tomar sua decisão sobre qual candidato optar para guiar os rumos de sua sociedade.

Em nível local e com relação mais próxima com a comunidade, a transparência de governos é uma das reivindicações da sociedade civil. Há um conjunto imenso de

¹³⁰ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 272.

organizações não-governamentais que se ocupam da defesa e proteção de diversos direitos humanos e do desenvolvimento social, em nítida hipótese de fiscalização das políticas públicas e, por via oblíqua, das autoridades responsáveis pela sua concepção e implementação¹³¹.

Dessa forma, há um número considerável de fiscalizadores aptos a atuar de maneira ainda mais intensa no controle social das políticas públicas, em especial aquelas incluídas em promessas de campanha e plataformas de governo por meio da propaganda eleitoral, a partir do momento em que o acesso à informação deixa de ser uma promessa constitucional e passa a ser uma realidade concreta e institucionalizada no cenário brasileiro.

Além de ser vital para o desenvolvimento da democracia e para a realização da liberdade de expressão, o acesso à informação atua no esclarecimento do cidadão quanto às políticas públicas adotadas pelo Estado, o que permite ao indivíduo promover a efetiva fiscalização e exigir o cumprimento do dever estatal em benefício da coletividade.

Após essas considerações sobre o direito à informação como pressuposto da cidadania, esta dissertação passa a analisar os direitos da personalidade do candidato a cargo ou mandato político, em especial no que se refere à veiculação de propagandas negativas que afetam sua imagem junto ao eleitorado.

¹³¹ CANELA, Guilherme; NASCIMENTO, Solano. Acesso à informação e controle social das políticas públicas. Brasília: ANDI; Artigo 19, 2009. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/politicas-de-comunicacao/publicacao/acesso-a-informacao-e-controle-social-das-politicas-publicas>>. Acesso em: 10 maio 2016, p. 88.

CAPÍTULO III

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A IMAGEM DO CANDIDATO A CARGO OU MANDATO POLÍTICO¹³²

1. O desenvolvimento dos direitos da personalidade em um Estado Democrático de Direito

Neste tópico, tratar-se-á do aspecto amplo e geral dos direitos de personalidade com a finalidade de situar o leitor no contexto do tema, porquanto o objeto de estudo é o direito à imagem do candidato em contraposição ao direito à informação do eleitor sob a perspectiva da propaganda eleitoral.

Em tempos passados, sobretudo em comunidades agrárias e pequenas, as pessoas mantinham relações próximas e se conheciam, de maneira que não havia indivíduos anônimos e estranhos aos acontecimentos locais.

Ao abordar as razões para o aparecimento tardio dos direitos da personalidade em textos constitucionais, Javier Pérez Royo¹³³ ressalta que, inclusive, o número de indivíduos que efetivamente participava dos assuntos públicos mediante o exercício do sufrágio era muito reduzido e, por isso, inexistiam garantias gerais para assegurar a participação popular na formação da vontade estatal.

Segundo o jurista espanhol, a mudança da sociedade agrária para uma urbana e industrial no século XX aumentou as chances de se encontrar um cidadão anônimo em meio às grandes cidades. Ao se afastar da natureza e viver em coletividade, o indivíduo depende ainda mais dos seus pares para suprir suas necessidades básicas, a exemplo de alimentação, fornecimento de serviços essenciais e organização política da sociedade. Torna-se necessário estabelecer direitos gerais e abstratos para assegurar a autonomia do cidadão diante dessas novas condições de vida¹³⁴.

Esta é uma das razões pelas quais os direitos da personalidade foram reconhecidos pelos textos constitucionais. E esses direitos da personalidade não se limitam à proteção do

¹³² Este capítulo teve a contribuição do artigo “O direito à imagem no processo eleitoral democrático sob a ótica da argumentação jurídica e do discurso racional”, publicado no Grupo de Trabalho “Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica”, no V Encontro Internacional do Conpedi – Montevideu/Uruguai, em coautoria com Vinícius Rodrigues Cavalcante. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/910506b2/25ph1zi5/c9iTDuN2rmwgTKU5.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹³³ ROYO, Javier Pérez. Curso de Derecho Constitucional. 12. ed. rev. e atual. por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 297.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 298.

domicílio e das comunicações dos indivíduos, mas lhe conferem direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

Acaso não existissem direitos da personalidade nos moldes atuais, a liberdade para o indivíduo tomar decisões na sociedade civil “se vería extraordinariamente limitada y su autonomia gravemente comprometida” em decorrência de eventual informação utilizada contra o cidadão. Javier Pérez Royo complementa que “cuanto más democráticos son la sociedad y el Estado, más necesarios son los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”¹³⁵.

Maria Helena Diniz¹³⁶ classifica os direitos da personalidade em duas dimensões – subjetiva e objetiva. A primeira seria axiológica e consubstanciaria a materialização dos valores essenciais da condição de pessoa humana. Já a segunda abrangeria direitos de proteção previstos na lei e na constituição oponíveis a qualquer tentativa de abuso por parte de terceiros.

Na perspectiva constitucional, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem do indivíduo são considerados direitos fundamentais invioláveis, sem prejuízo da consequente indenização por sua violação, consoante o disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

Já o artigo 5º, inciso V, do texto constitucional brasileiro, estabelece “direito de reposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” em caso de violação aos direitos de personalidade.

Essa proteção constitucional introduz a ideia de que nem o Estado nem os cidadãos devem se inserir, de forma indevida, na vida pessoal do indivíduo. George Marmelstein cita como prerrogativas de caráter individual-subjetivo o direito de “buscar a paz de espírito e a tranquilidade, [...] de não ter detalhes pessoais divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa”¹³⁷.

Em nível internacional, o artigo 11 do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos)¹³⁸, objeto de adesão pelo Brasil, confere efetiva

¹³⁵ ROYO, Javier Pérez. Curso de Derecho Constitucional. 12. ed. rev. e atual. por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 299.

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do Direito Civil. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

¹³⁷ MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133.

¹³⁸ Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

proteção à honra ao dispor que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Por ser atributo inerente à personalidade do indivíduo, a honra está intrinsecamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Farias, honra é “a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”¹³⁹.

Uadi Lammêgo Bulos define a honra como “um bem imaterial de pessoas físicas e jurídicas protegida pela Carta de 1988”¹⁴⁰. Além de resguardar a concepção que a pessoa tem de si própria (conceito subjetivo), a honra denota o prestígio de certa pessoa, seja física ou jurídica, no ambiente social em que reside e exerce suas principais atividades (conceito objetivo).

Javier Pérez Royo destaca que a violação à honra seria verificada diante da existência de “intromisiones ilegítimas”¹⁴¹, em especial pela imputação de fatos (verdadeiros ou falsos) e pela manifestação de juízos de valor. Segundo o constitucionalista espanhol, a lesão à dignidade humana, o menoscabo à boa fama e o atentado contra a autoestima configuram hipóteses de violação à honra.

Ainda como direito da personalidade, registre-se que intimidade decorre de uma relação do indivíduo com outras pessoas que lhe são próximas do ponto de vista afetivo, ao passo que vida privada envolve relações acadêmicas, comerciais e de emprego. Em poucas palavras, vida privada seria gênero e intimidade seria espécie.

Carlos Roberto Gonçalves apresenta a diferença entre intimidade e vida privada, *litteris*:

O conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.¹⁴²

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 149.

¹⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 463.

¹⁴¹ ROYO, Javier Pérez. Curso de Derecho Constitucional. 12. ed. rev. e atual. por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 302.

¹⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35.

Historicamente, o direito à intimidade era um instrumento de defesa em relação à imprensa escrita e foi definido como o “derecho a estar solo”¹⁴³ ou, ainda, o direito a permanecer em tranquilidade. O direito à intimidade funciona como meio para que o indivíduo possa controlar o acesso e a divulgação de informações de sua vida pessoal. Ainda que verdadeira, a imputação de um fato passível de se agregar à esfera íntima e pessoal do indivíduo caracteriza ato ofensivo à intimidade.

Acrescente-se a isso que a divulgação de informação sobre a intimidade pessoal ou familiar sem o consentimento da pessoa, ainda que obtida por meio legítimo, vulnera o direito à intimidade. Todavia, reconhece-se que o direito à intimidade não pode servir de justificativa para o descumprimento de deveres constitucionais, a exemplo daqueles assumidos pelo candidato ao veicular propaganda eleitoral.

No caso deste trabalho, busca-se esclarecer se o direito à imagem do candidato a cargo ou mandato político deve ou não prevalecer ante o direito à informação do eleitor no âmbito da propaganda eleitoral, notadamente se a informação negativa a ser veiculada influenciar a formação da convicção popular por se tratar de quebra de um dever constitucional, a exemplo da improbidade administrativa de um candidato.

2. A própria imagem como objeto de proteção normativa: imagem-retrato e imagem-atributo

Preliminarmente, há de se definir qual espécie de imagem do candidato é passível de violação em uma propaganda eleitoral e, para isso, a presente dissertação passa a analisar os tipos de imagem previstos pelo constituinte.

O conceito mais amplo da imagem abrange não só a “reprodução visual do homem, mas também extensão de seus característicos de personalidade”¹⁴⁴.

Segundo Carlos Alberto Bittar, o direito à imagem é inerente à personalidade humana e pode ser definido como o direito subjetivo do indivíduo “sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos que a individualizam no seio da coletividade”¹⁴⁵.

¹⁴³ ROYO, Javier Pérez. Curso de Derecho Constitucional. 12. ed. rev. e atual. por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 303-304.

¹⁴⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 25.

¹⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos de Personalidade. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 94.

O direito à imagem não encontra previsão expressa em constituições de diversos países, a exemplo da França e da Itália, no entanto sua proteção se dá de forma implícita por meio de bens jurídicos correlatos como a vida, a honra e a intimidade¹⁴⁶.

Por outro lado, as constituições de Espanha (1978) e Portugal (1976) possuem previsão expressa para a proteção do direito à imagem. O artigo 18 do texto constitucional espanhol dispõe que “é garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem”. Já o artigo 26 do texto português prescreve que “a todos são reconhecidos o direito à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e representação, à imagem e à reserva de intimidade da vida privada e familiar”.

Em obra específica sobre a proteção constitucional da própria imagem que resultou de sua dissertação de mestrado, Luiz Alberto David Araújo revela que o constituinte brasileiro conferiu proteção a duas espécies de imagem: uma imagem-retrato que seria oriunda da “expressão física do indivíduo” e uma imagem-atributo como “conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo”¹⁴⁷.

A imagem-retrato simboliza os traços físicos e naturais da pessoa humana, ao passo que a imagem-atributo determina o conceito ou o significado de determinado indivíduo para sua família, seu ambiente de trabalho e para a sociedade em geral.

Como direito autônomo da personalidade, a imagem é intransmissível, pois não há como separá-la de seu titular. É relativamente indisponível e a imagem não pode mudar de titular por vontade da pessoa, à exceção de eventual autorização para reprodução da imagem, em regra, como contrapartida a uma prestação pecuniária.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, V, assegura a todos o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. É evidente que o referido dispositivo protege a imagem-atributo, sobretudo porque prevê, além da indenização, o direito de resposta ao ofendido para que retire ou, ao menos, reduza eventual mácula em sua imagem perante o meio em que vive.

Já o artigo 5º, X, prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e assegura a reparação por dano material ou moral. Esse dispositivo remete à imagem-retrato, uma vez que a proteção se baseia exclusivamente na reparação.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 47-48.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 27-28.

Os citados dispositivos são normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata¹⁴⁸, pois não necessitam de regulamentação pelo legislador infraconstitucional para produzir efeitos nas relações jurídicas. O comando da norma é autossuficiente e incide diretamente nas relações verticais e horizontais de direitos fundamentais.

Por sua vez, a representar norma constitucional de eficácia limitada e, portanto, exigir regulamentação a nível infraconstitucional para a produção de efeitos jurídicos, o artigo 5º, XXVIII, assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades esportivas e outras relacionadas.

O artigo 20 do Código Civil de 2002 dispõe que a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa sem a sua prévia autorização pode ser proibida e até objeto de indenização sempre que a publicação atingir “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. Verifica-se que o legislador ordinário preocupou-se eminentemente com a imagem-retrato e a indenização pelo seu uso indevido e sem autorização do titular do direito.

3. A propaganda eleitoral e a construção da imagem-atributo do candidato perante os eleitores

Um dos momentos mais decisivos para a democracia é a eleição dos representantes do povo. De fato, ao longo do período eleitoral, as disputas são acirradas e, algumas vezes, desonestas do ponto de vista da retórica.

A propaganda eleitoral é o meio pelo qual os candidatos a cargos ou mandatos políticos veiculam suas propostas e suas qualidades, bem assim os ideais defendidos pelo partido político ao qual se encontram filiados. E, mais, o prestígio que certo candidato possui perante a sociedade integra sua imagem-atributo.

Roberto Moreira de Almeida assinala que a propaganda eleitoral consiste na utilização de técnicas de “marketing” para a “divulgação de certas ideias com o afã de obter a indicação do candidato nas convenções partidárias, divulgar o ideal partidário ou angariar o voto do eleitor”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 70.

¹⁴⁹ ALMEIDA, Roberto Moreira de. Curso de Direito Eleitoral. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 365.

A propaganda eleitoral simboliza a livre expressão de pensamento e supera ou deve superar o sentido exclusivo de captação de votos pelo candidato para se constituir em meio dialético para a escolha da proposta mais coerente aos interesses do eleitor¹⁵⁰.

A sociedade atual é uma sociedade de massas e, até mesmo por isso, a mensagem veiculada em propaganda eleitoral deve ser simples para atingir o maior número de eleitores. E a mensagem mais simples de um candidato a cargo ou mandato político é justamente a sua imagem, por meio de traços físicos e de comportamento com os quais o eleitorado se identifica.

Manuel Castells afirma que a maior parte dos eleitores “confia em sua capacidade para avaliar o caráter, que é uma reação emocional ao comportamento das pessoas incorporada nas narrativas políticas”¹⁵¹, porquanto a compreensão de questões políticas complexas pode ser difícil para muitos eleitores, sobretudo se estiver diante de narrativas totalizantes de exclusão de grupos minoritários.

No âmbito da propaganda eleitoral, deve-se perquirir se a veiculação de crítica a candidato, ainda que referenciada por matéria jornalística ou processo judicial, implica violação à imagem-atributo do candidato.

Como será demonstrado a seguir, pensa-se que a simples presença de crítica a candidato em propaganda eleitoral, desde que relevante para a formação da convicção do eleitor – por exemplo, se fundada em fatos negativos públicos e notórios de gestões anteriores ou, ainda, em existência de processos judiciais que afetem a idoneidade para o exercício de função pública –, não configura violação à imagem do candidato, mas sim a realização do direito à informação do eleitor.

A investigação acerca desse tema é relevante, pois a democracia depende da participação política de todos os cidadãos para a construção de instituições mais coerentes com os desígnios sociais. E essa participação tende a crescer à medida em que o voto do eleitor é decidido em razão do interesse público inerente a propostas de campanha, e não em decorrência de interesses particulares camuflados em técnicas de “marketing” político que em nada se aproximam dos ideais republicano e democrático.

3.1. A sinceridade partidária perante o público e o compromisso firmado entre eleitor, partido e candidato

¹⁵⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber Moura de. Elementos de Direito Eleitoral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 200.

¹⁵¹ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 256.

Sabe-se que a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos do artigo 14 da Constituição Federal. Ao longo do supracitado dispositivo, considerando a capacidade eleitoral ativa e passiva, percebe-se que o voto é direito público subjetivo que concebe a participação do povo na escolha dos seus representantes e, por conseguinte, dos rumos políticos da própria sociedade.

Por intermédio do voto do eleitor, outorga-se poderes ao mandatário que, de acordo com sua consciência, deliberará sobre as questões mais relevantes para todos os cidadãos, inclusive para aqueles que não o escolheram como o mais apto a exercer o mandato político. Tem-se, aqui, a essência do mandato representativo, adotado pelo Brasil. E, mais, fala-se em mandato representativo partidário, uma vez que, segundo entendimento esposado no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.604/DF, no Supremo Tribunal Federal¹⁵², o voto popular se destina à agremiação e à sua ideologia, e não ao representante como indivíduo isolado.

Há um sistema constitucional eleitoral que prevê regras para a escolha dos representantes do povo, em eleições periódicas, mediante sufrágio universal. O Brasil adota o sistema majoritário para eleições de presidente da república, governadores, prefeitos e senadores, circunstância que exige a maioria dos votos para a eleição do representante. Essa maioria pode ser absoluta (primeiro turno) ou simples/relativa (segundo turno).

Caso o candidato de maior número de votos não obtenha a maioria absoluta, há necessidade de segundo turno entre os dois candidatos mais votados, à luz do disposto nos artigos 29, inciso II, e 77 da Constituição Federal¹⁵³. Ressalte-se que, em se tratando do cargo

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.604/DF, Relator(a) Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 03.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 20 jan. 2017.

¹⁵³ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

I - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País;

II - eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;

[...] Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

§ 1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

de prefeito, apenas é possível a realização de segundo turno em municípios que possuam mais de 200.000 (duzentos mil) eleitores.

Já para eleição de deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador, o sistema brasileiro é o proporcional.

O sistema proporcional de eleição foi instituído por considerar que a representatividade da população deve se dar de acordo com a ideologia de determinados partidos ou coligações (união temporária de partidos políticos para o único fim de disputar eleições). Ao votar, o eleitor escolhe a representação de determinado partido e, em tese, do candidato por ele escolhido. Contudo, caso não haja eleição do candidato escolhido pelo eleitor, seu voto será somado aos demais votos da legenda e irão compor a votação do partido ou coligação. Neste sistema, aplica-se o cálculo do quociente eleitoral, obtido pela divisão do número de votos válidos pelo de vagas a serem preenchidas.

Por uma questão de sinceridade científica, apesar deste trabalho divergir do entendimento¹⁵⁴, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081/DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, decidiu que, em eleições majoritárias, não incide o princípio da fidelidade partidária.

Dessa forma, a Corte Constitucional entendeu que o princípio da fidelidade partidária não se aplica aos cargos de chefe do Poder Executivo federal, estadual e municipal e seus respectivos vices, além do mandato de senador da república, sob pena de violação à soberania popular e às escolhas do eleitorado.

§ 4º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

§ 5º Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.

¹⁵⁴ Segundo a linha de raciocínio desenvolvida nesta dissertação, em que se tenta atribuir um sentido concreto para o ideal republicano e a soberania popular como elementos da democracia participativa, afigura-se inviável a manutenção do entendimento adotado no julgamento da ADI 5.081/DF, em 27.05.2015, pelo Supremo Tribunal Federal. É que, apesar de o sistema majoritário permitir candidaturas em chapa única, em regra com a união de dois ou mais partidos políticos que se aproximam no que toca a ideologia, a não incidência do princípio da fidelidade partidária e a consequente permissão indiscriminada para a desfiliação, sem que estejam presentes quaisquer das hipóteses previstas na Resolução TSE n. 22.610/2007, configura hipótese de violação à soberania popular que, por meio do sufrágio universal, formalizou uma decisão política e construiu um cenário constitucional de poder a ser mantido durante certo tempo. Nesse ponto, cabe destacar que o interesse privado, consubstanciado muitas vezes na perspectiva de melhores chances de reeleição do ocupante de cargo ou mandato político, não pode se sobrepor ao interesse público capitaneado pela confiança depositada pelo povo no cumprimento de promessas de campanha e na manutenção da linha de atuação ideológica do candidato. Não obstante, registre-se que a Lei Federal n. 13.165/2015 acrescentou o artigo 22-A ao texto da Lei Federal n. 9.096/95, que prevê as hipóteses de justa causa para a desfiliação sem a sanção da perda de mandato e de cargo eletivo. Considerando que não há palavras inúteis em um texto normativo, a presença da expressão “majoritária ou proporcional” no inciso III do parágrafo único do artigo 22-A da Lei Federal n. 9.096/95 atesta a possibilidade de aplicação do princípio da fidelidade partidária também no sistema majoritário.

Por outro lado, Jaime Barreiros Neto assevera que a migração partidária “viola gravemente a vontade popular, retirando a medida de força das diversas correntes políticas implementada pelo eleitorado democraticamente, através do exercício do sufrágio”¹⁵⁵, de tudo a revelar a importância do elo entre eleitor, candidato e partido político na recepção da propaganda eleitoral.

A fidelidade partidária é muito mais do que um preceito ético na política, vale dizer, o referido instituto, concebido como o alinhamento do mandatário à ideologia e ao programa da sua agremiação, simboliza uma perspectiva de manutenção da vontade popular e, por conseguinte, de proteção do regime democrático.

Apesar de a referida decisão afirmar que a perda de cargo ou mandato eletivo obtido pelo sistema majoritário não pode ocorrer por infidelidade partidária, este trabalho avalia que apenas com partidos fortes haverá uma democracia consolidada. E, para que isto ocorra, não se pode privilegiar a personificação da política em detrimento de valores e ideais de um corpo coletivo – o partido.

Augusto Aras esclarece que os partidos políticos são grupos sociais que se reúnem com o objetivo de “disputar, conquistar, exercer e conservar o poder, nas suas diversas instâncias”, por meio do programa partidário e da sua ideologia, para convencer seus filiados de que o partido é capaz de satisfazer “seus anseios sociais e até mesmo pessoais”¹⁵⁶.

Não se ignora, ainda, o fato de que a filiação ao partido político é condição de elegibilidade, por força do disposto no artigo 14, § 3º, V, da Constituição de 1988. Para efeito de eleição a cargo ou mandato político, o candidato deve integrar as fileiras de uma agremiação, bem como se alinhar ao seu programa e à sua ideologia. Resta evidente que o elo criado entre eleitor e candidato passa, necessariamente, pelo crivo do partido político, órgão intrinsecamente relacionado à democracia representativa¹⁵⁷.

O que se observa na realidade é a ausência de programas partidários ideológica e filosoficamente coerentes com a expectativa popular sobre o exercício dos mandatos, bem assim a crescente influência dos veículos de comunicação como formadores de opinião pública – ressalte-se, nem sempre harmônica com os ideais democráticos. Essa é a lição de Augusto Aras:

¹⁵⁵ BARREIROS NETO, Jaime. *Fidelidade Partidária*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 236.

¹⁵⁶ ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: efetividade e aplicabilidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 130.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 74.

Salvo raras exceções, no Brasil, as agremiações partidárias não apresentam convicção ideológica ou filosófica que atendam, realmente, as justas expectativas do povo, mantendo-se um esquema político marcado pelo domínio da opinião pública manipulada pelos veículos e meios de comunicação social constituída pela via do nefasto clientelismo que impregna a nossa sociedade¹⁵⁸.

Ainda, a existência de um compromisso entre o detentor do cargo ou mandato eletivo e a ideologia defendida pelo seu partido de origem, inclusive com reflexos nas expectativas do eleitorado que lhe confiou o mandato, pressupõe um dever moral de honestidade e de zelo com a coisa pública, *litteris*:

Ter ética na política, além de não vender a alma, não deixar o poder subir à cabeça e não negociar princípios, significa, também, fidelidade partidária, ou seja, compromisso que o político deve ter com a ideologia e com o programa do partido em que exerce a militância, uma vez que a matéria-prima da agremiação política é a sua doutrina, a sua filosofia, dentro do contexto de que o político tem a obrigação e o dever moral de ser ou parecer honesto e cuidar da coisa pública com as mãos limpas¹⁵⁹.

Por meio de símbolos e filosofias das mais variadas, o programa partidário é instrumento eficaz de aproximação entre eleitor e seu representante, de sorte que cria uma espécie de vinculação a que Pontes de Miranda denominou “princípio da sinceridade partidária perante o público”¹⁶⁰. Esse vínculo se forma a partir da veiculação da propaganda eleitoral, oportunidade em que se observa a identificação entre os anseios do cidadão e os projetos daqueles que almejam a representação política.

Todavia, Alexis de Tocqueville ressalta que, em algumas ocasiões, os partidos políticos se agrupam em torno de um homem público “a fim de alcançar assim mais facilmente a inteligência da multidão” e se utilizam “do nome do candidato”¹⁶¹ como um símbolo para personificar suas teorias. A intenção, ao que parece, é demonstrar que as suas doutrinas conquistaram a maioria em uma sociedade democrática.

3.2. “Marketing” político e o poder da comunicação – a captação da vontade do eleitor e o princípio da máxima igualdade entre os candidatos

¹⁵⁸ ARAS, Augusto. Fidelidade partidária: efetividade e aplicabilidade. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 186.

¹⁵⁹ MARIETTO, Carlos Eduardo Bruno. Fidelidade partidária: fim do troca-troca. *In*: Informativo Jurídico Consulex, Brasília, v. 16, n. 9, 4 mar. 2002, p. 14-15.

¹⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Comentários à Constituição de 1967, título IV, p. 613, 1967, RT, São Paulo – SP, *apud* Temas Atuais de Direito Eleitoral, organizado por Daniel Castro Gomes da Costa, São Paulo: Pillares, São Paulo – SP, 2009, p. 79.

¹⁶¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 153.

Os meios de comunicação e de publicidade se ocupam não só do visual das pessoas (imagem-retrato), mas principalmente do conjunto de características do indivíduo em relação ao seu meio social (imagem-atributo). É comum a divulgação da “imagem do político” e da “imagem do homem público”¹⁶². A técnica de publicidade reforça os atributos de certo produto ou de certa pessoa para transmitir ao seu destinatário (consumidor, eleitor etc) uma imagem que tenha boa receptividade.

O “marketing” político¹⁶³ é um conjunto de técnicas que avalia, por meio de pesquisas qualitativas e quantitativas, as preferências e as expectativas do eleitorado para que, a partir desses dados, o comitê de campanha adote estratégias com a finalidade de obter a maior votação possível para o candidato.

Sobre o tema, Manuel Castells sugere que o “marketing” político é decorrência do “marketing” comercial, o que o faz concluir pelo surgimento de um cidadão-consumidor como nova personagem na vida pública. Segundo o citado autor, vive-se hoje diante de uma “invasão de privacidade pelas empresas de cartão de crédito, de telecomunicação e da internet”¹⁶⁴, cenário que atrai o interesse de partidos e de políticos por informações privilegiadas sobre preferências políticas, sociais, econômicas e comerciais do cidadão-consumidor.

Apoiadas em recursos de comunicação, as estratégias políticas se voltam diretamente para o público que constitui a audiência dos veículos de informação e entretenimento e que, mais adiante, transformam-se em consumidores de produtos e serviços. A ideia dos partidos políticos e dos candidatos é de que essa audiência pode ser convertida em votos, durante a campanha eleitoral, e em opinião pública favorável em eventual mandato por meio da comunicação de massa¹⁶⁵.

E John Rawls, ao dissertar sobre a influência do poder econômico nas liberdades políticas em uma democracia, reconhece que “as consequências das injustiças no âmbito do sistema político são muito mais graves e duradouras que as imperfeições do mercado”¹⁶⁶. De

¹⁶² ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 107.

¹⁶³ FIGUEIREDO, Rubens. O marketing político: entre a ciência e a falta de razão. In: FIGUEIREDO, Rubens (Org.). Marketing político e persuasão eleitoral. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 14.

¹⁶⁴ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 265.

¹⁶⁵ GOMES, Wilson. Transformações da política na era da comunicação de massa. São Paulo: Paulus, 2004, p. 24-25.

¹⁶⁶ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 279.

fato, a propaganda eleitoral vende esperança por um mundo melhor e mais justo, ao passo que a propaganda comercial vende produtos e serviços a quem pode pagar por eles.

Ao relacionar o princípio da igual participação política com a teoria da justiça, John Rawls afirma que a justiça de uma constituição exige uma rivalidade equitativa no que toca ao acesso à autoridade e aos cargos políticos. Acrescenta que, “mediante a apresentação de concepções do bem público e de políticas concebidas para promover os objetivos sociais”¹⁶⁷, os partidos políticos se dirigem aos cidadãos para colher sua aprovação de acordo com normas procedimentais justas em um contexto de liberdade de pensamento que assegura o valor da liberdade política.

Dentre essas normas procedimentais tidas por justas, pode-se citar a vedação à propaganda eleitoral paga¹⁶⁸ e a coibição, na medida do possível, do poder econômico como fator de desequilíbrio na disputa eleitoral. Além disso, o estabelecimento de regras objetivas favorece o princípio da máxima igualdade entre os candidatos, a exemplo da distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão de acordo com a representatividade do partido político na respectiva casa legislativa.

Nos termos da Lei das Eleições (Lei Federal n. 9.504/97)¹⁶⁹, a divisão do tempo de propaganda eleitoral deve observar o percentual de 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes que o partido tem na Câmara dos Deputados, considerando, em caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do

¹⁶⁷ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 280.

¹⁶⁸ Art. 44 da Lei Federal n. 9.504/97: A propaganda eleitoral no rádio e na televisão restringe-se ao horário gratuito definido nesta Lei, vedada a veiculação de propaganda paga.

¹⁶⁹ Artigo 47 da Lei Federal n. 9.504/97:

[...] § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem;

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualitariamente.

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição.

§ 4º O número de representantes de partido que tenha resultado de fusão ou a que se tenha incorporado outro corresponderá à soma dos representantes que os partidos de origem possuíam na data mencionada no parágrafo anterior.

§ 5º Se o candidato a Presidente ou a Governador deixar de concorrer, em qualquer etapa do pleito, e não havendo a substituição prevista no art. 13 desta Lei, far-se-á nova distribuição do tempo entre os candidatos remanescentes.

§ 6º Aos partidos e coligações que, após a aplicação dos critérios de distribuição referidos no *caput*, obtiverem direito a parcela do horário eleitoral inferior a trinta segundos, será assegurado o direito de acumulá-lo para uso em tempo equivalente.

§ 7º Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses.

número de representantes dos seis maiores partidos que a integram e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. Já o percentual restante de 10% (dez por cento) deve ser distribuído de forma igualitária.

É nesse ambiente de concorrência por tempo de publicidade que o “marketing” político surge como espaço para a produção de poder, avança para a “extraterritorialidade das redes eletrônicas” e não mais se concentra nas ruas de cidades, em casas legislativas e em sedes do governo.

Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra¹⁷⁰ ressaltam que a propaganda eleitoral é instrumento muito eficaz para garantir a adesão dos cidadãos, inclusive com a possibilidade de transformar acontecimentos falsos em verdades ilusórias. Por esse motivo, a legislação eleitoral regulou às minúcias o modo de veiculação dessa propaganda eleitoral, tudo para evitar a desigualdade entre candidatos e o abuso do poder econômico.

José Herval Sampaio Júnior resalta que, no Brasil, os meios de comunicação “pertencem quase sempre a políticos tradicionais, quando não, de seus familiares e correligionários, o que frequentemente leva ao uso indevido dos meios de comunicação, com a clara intenção de favorecer seus candidatos”¹⁷¹.

Com frequência, observa-se a violação da imagem de pessoas públicas ou de personalidades políticas em programas televisivos que reproduzem poses, gestos ou afirmações em contexto diverso daquele pensado pelos titulares do direito à imagem. Luiz Alberto David Araújo reconhece que, de fato, são reproduções corretas da imagem, contudo o contexto “é distorcido” e fere “a identidade circunstancial da imagem”¹⁷².

Por esta razão, inclusive, a fim de evitar demandas judiciais, a grande mídia veicula notícias e imagens de figuras públicas ou de fatos de interesse público com a cautela de acrescentar a expressão “aspas” entre o início e o fim da fala do comunicador.

Para Óscar Sánchez Muñoz¹⁷³, a igualdade de oportunidades em competições eleitorais caracteriza uma eleição autêntica e legítima do ponto de vista democrático e, por isso, o ordenamento jurídico deve garantir a presença da pluralidade de ideias em uma disputa

¹⁷⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber Moura de. Elementos de Direito Eleitoral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 200.

¹⁷¹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Abuso do poder nas eleições. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 287.

¹⁷² ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 77.

¹⁷³ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 4

eleitoral. O referido autor adverte que questões econômicas ou políticas não devem ser obstáculos à participação e visualização de todos os competidores pelo eleitorado.

Como já visto neste trabalho, “o controle da mídia é uma forma poderosa de dominação”¹⁷⁴. As relações de poder são baseadas na maneira como a imagem atua na construção de significados, pelo que as mensagens, organizações e os líderes que não têm espaço na mídia não existem na mente pública. Por isso, a legislação eleitoral tem a finalidade de proporcionar chances iguais a quem deseja alcançar ou manter posições de poder, independentemente de questões políticas e econômicas.

Considerando o poder da comunicação para efeito de controle e formação da opinião pública, convém ressaltar que Pierre Bourdieu¹⁷⁵ define o poder simbólico como a aptidão silenciosa de causar influências ou de impor significados mediante a cumplicidade ou, ainda, adesão dos indivíduos ditos dominados.

A arte, a religião e a língua se apresentam como elementos estruturantes do sistema simbólico. Como técnica de persuasão e de adesão do eleitorado ao ideário e às propostas de campanha, a propaganda eleitoral pretende transmitir, não raro de forma subliminar, mensagens simples e que se aproximam do cotidiano popular, sobretudo porque “as condições de vida em questão levam os homens e mulheres a buscar exemplos, e não líderes”¹⁷⁶.

Esses sistemas simbólicos terminam por desempenhar uma função de imposição ou de legitimação de um poder dominante, sob o viés do conhecimento e da comunicação a partir de estruturas e códigos próprios. As classes dominantes, de forma velada e interna, buscam impor sua ideologia e, assim, monopolizar o poder simbólico. Com as devidas ressalvas, pode-se dizer que as disputas eleitorais, muitas vezes, refletem a dominação do poder econômico e político de classes reconhecidas como dominantes.

E a maior parte das campanhas eleitorais utiliza uma estratégia de três frentes para afirmação desse sistema simbólico de poder. O primeiro passo é garantir o apoio da base histórica do partido e dos filiados que são leais aos seus valores tradicionais. O candidato não pode, portanto, desviar-se demais dos ideais defendidos pela sua agremiação sem correr um sério risco de perder o apoio da base partidária.

¹⁷⁴ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 247.

¹⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 7-8.

¹⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 92.

O segundo componente é “desmobilizar ou confundir o eleitorado-base do oponente, principalmente apontando suas falhas ou erros, a contradição entre o oponente e os valores de seus eleitores potenciais”¹⁷⁷.

E, por último e mais decisivo, conquistar o apoio dos eleitores independentes e dos indecisos. Esse é o grupo que, em geral, determina o resultado da eleição, desde que o candidato tenha garantido o apoio do eleitorado da base histórica do partido. Segundo Manuel Castells, os eleitores independentes se mostram sensíveis a mensagens negativas, já que não possuem lealdades preestabelecidas. Isso faz com que se mobilizem contra as consequências negativas de se eleger determinado candidato.

Esse cenário pode ser percebido no sistema político brasileiro, até porque não é raro que grupos sociais se mobilizem contra determinado candidato em razão de posturas preconceituosas e discriminatórias contra grupos minoritários.

As imagens negativas influenciam mais o comportamento eleitoral do que as positivas. O ataque ao caráter e à história do candidato é uma poderosa arma para a política da mídia. E isso pode ocorrer de diversas maneiras, dentre as quais a denúncia de delitos cometidos por pessoas ou organizações ligadas ao candidato ou declarações que revelem esquemas de “corrupção, ilegalidade ou conduta imoral nos partidos ou organizações que apoiam a candidatura”¹⁷⁸.

Em razão dos resultados causados pela geração de imagens negativas, observa-se uma tendência generalizada de utilizar informações destrutivas como tática predominante nas campanhas eleitorais. Ressalte-se que, como dito alhures, essa informação negativa merece publicidade apenas se relevante à formação da convicção popular sob a perspectiva de ter o candidato ou não atributos que se espera de alguém que vai gerir com responsabilidade a coisa pública e os interesses de todos os cidadãos.

3.3. Os limites normativos da propaganda eleitoral

A candidatura a cargo ou mandato político, por si só, torna o pretenso candidato figura pública e possibilita, de certa forma, a relativização de alguns direitos individuais, a exemplo do direito à imagem.

¹⁷⁷ CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 283.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 293.

Além da previsão constitucional acerca da proteção dos direitos da personalidade, merecem análise os dispositivos infraconstitucionais que regem a matéria específica da propaganda eleitoral.

Prevê o *caput* do artigo 45 da Lei Federal n. 9.504/97 uma série de vedações às emissoras de rádio e de televisão no tocante à veiculação de propaganda eleitoral, dentre as quais as condutas de se utilizar de “trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação” e de veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

O próprio legislador definiu os termos “trucagem” e “montagem” para o fim de conferir eficácia ao comando normativo. Segundo o § 4º do artigo 45 da Lei Federal n. 9.504/97, “trucagem” é “todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação”.

Por sua vez, por “montagem” se entende a “junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação”, nos termos do § 5º do referido dispositivo legal.

Ainda, a citada norma estabelece vedação ao tratamento privilegiado a determinado candidato, partido ou coligação, bem como à divulgação de “filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos”, conforme redação do inciso V do artigo 45 da Lei Federal n. 9.504/97.

Também, o legislador não admite cortes instantâneos ou qualquer espécie de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos, conforme dicção do artigo 53 da Lei Federal n. 9.504/97. O § 2º do citado dispositivo faculta ao partido, coligação ou candidato que se sentir prejudicado em sua imagem ou honra a possibilidade de formular requerimento para impedir a reapresentação da propaganda eleitoral classificada como degradante e ofensiva.

Considerando que a sociedade atual se caracteriza pela velocidade da informação, inclusive a eletrônica, e pela transitoriedade e fluidez das relações humanas, é relevante descrever dispositivos que regulamentam a propaganda eleitoral na rede mundial de computadores. Nesse sentido, o artigo 57-A e seguintes da Lei Federal n. 9.504/97 disciplinam a propaganda eleitoral na “internet”.

Segundo o artigo 57-C da mencionada Lei, encontra-se vedada qualquer espécie de propaganda eleitoral paga na rede mundial de computadores, notadamente para impedir que o poder econômico seja fator de desigualdade entre candidatos a cargo ou mandato político. Ademais, ainda que gratuita, essa mesma propaganda eleitoral na “internet” não pode ser veiculada em sítios de pessoas jurídicas ou, ainda, sítios oficiais de órgãos ou entes da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal.

Já o artigo 57-D do referido diploma normativo assegura a livre manifestação do pensamento na rede mundial de computadores, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, desde que o direito de resposta seja garantido a quem, porventura, venha a sofrer violação de sua imagem ou de sua honra.

Esta dissertação também aborda a questão da equiparação do eleitor-cidadão ao eleitor-consumidor, sobretudo diante da aproximação entre o “marketing” comercial e o “marketing” político. Diante desse contexto, convém mencionar o artigo 57-E da Lei Federal n. 9.504/97, por meio do qual se proíbe a venda de cadastro mantido em endereços eletrônicos de diversas pessoas jurídicas, dentre as quais entidades de classe e concessionários do serviço público.

Não obstante as disposições anteriores já expostas, o legislador ordinário tipificou como crime “a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação”, conforme redação do § 1º do artigo 57-H da Lei Federal n. 9.504/97.

Para o caso de violação aos dispositivos legais acima mencionados, os artigos 58 e 58-A da referida Lei preveem o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que indiretamente, por imagem caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica. E as representações por propaganda eleitoral irregular tramitarão com preferência em relação aos demais processos em curso na Justiça Eleitoral.

Outrossim, há de se ressaltar que, nos termos do artigo 243, § 3º, do Código Eleitoral, garante-se ao candidato ofendido o direito de resposta a quem for “injuriado difamado ou caluniado através da imprensa rádio, televisão, ou alto-falante”.

Segundo Luiz Alberto David Araújo, o direito de resposta “está encravado no direito à informação”¹⁷⁹, de modo que a matéria veiculada deve se guiar por dados corretos e não pode conter expressões equivocadas ou ofensivas. O direito de resposta é instrumento de

¹⁷⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 101-102.

defesa do indivíduo cuja imagem-atributo foi violada por informação equivocada transmitida em meio de comunicação social, tudo para que haja retificação do equívoco e reparo à imagem maculada.

Apesar de não ser objeto de estudo desta dissertação, convém mencionar que o artigo 45, §1º, III, da Lei Federal n. 9.096/95, veda a veiculação de propaganda partidária que se utilize de “imagens ou cenas incorretas ou incompletas, efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação”.

No âmbito da competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral, pode-se citar a Resolução n. 23.457/2015 que, além de estabelecer limites temporais para a veiculação da propaganda eleitoral, dispõe sobre vedações aos candidatos e partidos políticos.

O artigo 3º da referida Resolução, que reproduz a redação do artigo 36-B da Lei n. 9.504/97, considera propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do presidente da República, dos presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, “de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições”.

Já o artigo 6º da mesma Resolução do TSE dispõe que a propaganda, qualquer que seja sua forma ou modalidade, não deve “empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”.

Não só as leis infraconstitucionais, mas também as resoluções do TSE indicam a preocupação do legislador com a regulamentação da propaganda eleitoral, sobretudo porque a lisura das eleições depende da observância do princípio da máxima igualdade entre os candidatos.

A existência da referida legislação específica pode contribuir para a atribuição concreta de sentidos por meio da interpretação historicamente condicionada sugerida no capítulo 1 desta dissertação, porquanto compatível com os valores republicanos e democráticos previstos no texto constitucional.

3.4. As ideias propositivas e o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral: análise e crítica

Com a finalidade de contextualizar faticamente a teoria até aqui apresentada, é interessante registrar que, na ocasião das eleições presidenciais de 2014, o eleitorado verificou um número considerável de ataques pessoais no âmbito da propaganda eleitoral veiculada pelos então candidatos à Presidência da República, Dilma Roussef pelo Partido dos

Trabalhadores – PT e Aécio Neves pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

Dentre alguns exemplos de conteúdo veiculado em propaganda eleitoral nas eleições presidenciais de 2014, pode-se citar a formulada pelo PSDB, na qual o candidato expressou em debate o seguinte pensamento: “tenho uma sugestão para acabar com a corrupção no Brasil: tirar o PT do poder”. Por outro lado, a propaganda eleitoral veiculada pelo PT também se utilizou de críticas e comparações de caráter pessoal¹⁸⁰, além de críticas ao governo do ex-presidente da república Fernando Henrique Cardoso, filiado ao PSDB.

Diante desse cenário, o Tribunal Superior Eleitoral fixou novas diretrizes jurisprudenciais sobre o conteúdo que poderia ser veiculado no horário eleitoral gratuito nos meios de comunicação, *litteris*:

[...] somente são permitidas publicidades de cunho propositivo, ou seja, aquelas destinadas a transmitir ao eleitor o ideário da campanha, circunscrito aos projetos, propostas e programas de governo, impedindo-se, por conseguinte, a veiculação de críticas e comparações de caráter pessoal, mesmo que amparadas em matéria jornalística ou qualquer outro elemento que lhes dê suporte¹⁸¹.

O Tribunal Superior Eleitoral assentou que candidatos, partidos e coligações devem se concentrar em debates políticos de interesse do país, apresentando propostas e programas de governo, atendendo à finalidade da propaganda eleitoral gratuita e respeitando a integridade do espaço destinado ao esclarecimento do eleitor, inclusive sem a possibilidade de apresentar comparações de caráter pessoal, mesmo que amparadas em matéria jornalística ou qualquer outro elemento de prova, o que inclui processos judiciais.

No mesmo sentido, decidiu-se¹⁸² que a veiculação de programa de rádio de conteúdo ofensivo e depreciativo com intuito de desconstruir a imagem de candidato ao pleito viola o artigo 45, III, da Lei Federal n. 9.504/1997¹⁸³.

Ademais, na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o direito de crítica “não encerram

¹⁸⁰ Disponível em: <<http://noticias.r7.com/eleicoes-2014/na-volta-da-propaganda-eleitoral-dilma-ataca-fhc-e-aecio-lembra-avo-09102014>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

¹⁸¹ Entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 16 de outubro de 2014, no julgamento da Representação n. 1658-65/DF, de relatoria do Ministro Admar Gonzaga Neto.

¹⁸² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento: 102861/BA, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Data de Julgamento: 01.10.2015, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 210, Data 06.11.2015, Página 55/56. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

¹⁸³ Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: [...]. III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes

direitos ou garantias de caráter absoluto, atraindo a sanção da lei eleitoral, *a posteriori*, no caso de ofensa a outros direitos, tais como os de personalidade”¹⁸⁴.

A propaganda eleitoral na disputa presidencial de 2014 se tornou tão agressiva que o Tribunal Superior Eleitoral comemorou um acordo que classificou como histórico entre os dois candidatos a presidência da república no segundo turno, por meio do qual se comprometeram a retirar ofensas pessoais da propaganda eleitoral¹⁸⁵.

Essa situação de conflito de ideias e de interesses, por vezes sob uma tensão emocional, foi retratado no estudo sobre a democracia nos Estados Unidos da América, de Alexis de Tocqueville. Reconheceu-se que a proximidade das eleições traz consigo o aumento das intrigas e da divisão política entre os cidadãos, cada qual tomando para si a defesa de seu candidato. Em poucas palavras, “a nação inteira mergulha num estado febril, a eleição passa a ser o texto cotidiano dos papéis públicos, o tema das conversas particulares, o objetivo de todas as gestões, o objeto de todos os pensamentos, o único interesse do presente”¹⁸⁶.

Sob o viés de proteção do Estado Democrático de Direito, conforme exposto acima, o Poder Judiciário veda, de certo modo, a veiculação de propaganda eleitoral que divulga fatos e informações extraídos de matérias jornalísticas e de outros elementos informativos referentes a candidatos a cargos ou mandatos políticos. No entanto, esta dissertação considera que, se presente o interesse público na informação a respeito do candidato, a propaganda eleitoral poderia sim transmitir a informação ao eleitor para a construção de sua convicção para o voto.

Destaque-se que o objeto de estudo não se refere a informações que estejam sob a chancela do segredo de justiça. Para estes casos¹⁸⁷, estar-se-ia diante de uma restrição legítima ao direito de informação a ser observada pelos órgãos de imprensa.

Inclusive, há uma previsão normativa que guarda coerência com o texto constitucional para impor limites à publicidade de atos e decisões proferidos em processos gravados pelo segredo de justiça, tudo em conformidade ao disposto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição, e no artigo 189 do Novo Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/2015)¹⁸⁸.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI nº 42-24/PR, rel. Min. Castro Meira, julgado em 17.9.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Octubro/tse-homologa-acordo-historico-que-retira-ofensas-pessoais-da-propaganda-eleitoral>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

¹⁸⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Livro I – leis e costumes. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 153.

¹⁸⁷ BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 198.

¹⁸⁸ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

No caso específico em que a informação não possui essa restrição, a análise deve tomar por base as características inerentes aos indivíduos que reclamam proteção da honra e da imagem perante a sociedade.

George Marmelstein adverte que o conteúdo jurídico do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, apesar de fixar proteção geral para todas as pessoas, o faz em diferentes níveis de intensidade. Nas palavras do citado autor, “os políticos certamente estão sujeitos a maior fiscalização e, por isso, devem mesmo se sujeitar a uma exposição mais severa da mídia, inclusive para serem criticados com mais liberdade”¹⁸⁹.

Há precedentes contrários ao supracitado entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, em que resta assentada a possibilidade de veicular críticas a gestões anteriores, desde que a informação não recaia sobre questões íntimas e que violem a honra do candidato. Nesse sentido, mostra-se possível a utilização de propaganda eleitoral com imagem de candidato adversário, extraída de vídeos de campanha eleitoral anterior para lhe direcionar “crítica política com o objetivo de mostrar sua incoerência, desde que a crítica não seja sabidamente inverídica e não contenha afirmação que degrade, ridicularize ou ofenda a honra do candidato criticado”¹⁹⁰.

A política é pensada em um contexto de conflitos e pluralidades, de modo que há sempre a dualidade entre “nós” e “eles”. A novidade da política não se resume a essa oposição – impossível –, mas um caminho alternativo que estabelece uma rede de compatibilidades entre candidatos concorrentes.

Nesse ponto, Chantal Mouffe considera o “pluralismo agonístico”¹⁹¹ como uma solução ao impasse que envolve as campanhas no que toca a propaganda eleitoral. A ideia é contruir o outro de modo que não seja visto como inimigo a ser destruído ou eliminado, mas

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.

§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

¹⁸⁹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 135.

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. Recurso na Representação n. 8.701, Acórdão n. 8701 de 01.10.2008, Relator Juiz Claudio Manoel de Amorim Santos. Disponível em: <<http://www.tre-rn.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

¹⁹¹ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. Revista de Sociologia e Política. Curitiba: UFPR, n. 25, novembro de 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200003>. Acesso em: 18 jan. 2017.

sim como adversários que lutam com paridade de forças para defender ideias em prol de perspectivas melhores para a democracia. Esse o maior significado da tolerância liberal-democrática, em que não se requer condescendência ou indiferença quanto a pontos de vista contrários, mas apenas que o tratamento entre candidatos adversários seja legítimo e coerente com o ambiente democrático.

Malgrado a categoria de “adversário” não elimine o antagonismo entre candidatos, a verdade é que a simbologia o qualifica como legítimo competidor e o insere em uma base comum de regras a serem observadas no procedimento de escolha pelo eleitor, dentre as quais a liberdade e a igualdade.

Chantal Mouffe introduz a expressão de “adversário” e distingue antagonismo e agonismo. Segundo o referido autor, antagonismo “é a luta entre inimigos, enquanto o agonismo representa a luta entre adversários”¹⁹². Desse modo, o propósito da democracia é transformar o antagonismo em agonismo nas campanhas eleitorais, tudo em favor do esclarecimento do eleitor quanto às melhores características de seus possíveis representantes políticos.

Ao contrário do modelo de democracia deliberativa que tem como desígnio a redução das paixões do eleitorado e a criação de um consenso racional, o pluralismo agonístico tenta mobilizar as paixões em torno de ideais democráticos e, assim, fortalecer a participação popular nos rumos da política.

Como já foi dito, uma democracia saudável requer um debate consistente de ideias e posições políticas. Se não houver esse fluxo de informações, o embate democrático pode ser substituído pela política de identidade e levar os cidadãos à apatia e ao descaso pela participação política.

Em um ambiente democrático, como se espera do sistema brasileiro previsto na Constituição Federal de 1988, as informações referentes aos candidatos a cargos ou mandatos políticos ou neles já investidos são de interesse público para o eleitorado. Para que se tenha uma percepção razoável do candidato que tem a pretensão de representar politicamente o eleitor, é preciso que as informações versem sobre a vida pública, atual e pretérita do candidato¹⁹³.

¹⁹² MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. Revista de Sociologia e Política. Curitiba: UFPR, n. 25, novembro de 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200003>. Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹³ VENDRUSCOLO, Mariana Tagliari; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Políticos candidatos e o direito ao esquecimento – possibilidade de aplicação na propaganda eleitoral obrigatória no rádio e televisão. Revista da ESMEC, v. 21, n. 27, 2014, p. 58.

Entende-se que informações sobre a atuação pública, partidária e política são devidas aos eleitores, na medida em que opiniões expressadas em questões relevantes para a localidade, condutas, atitudes, avaliações feitas pelos cargos e mandatos já exercidos, lisura, probidade são aspectos que despertam interesse do eleitor. Estes dados são fundamentais para que se tenha um panorama geral da conduta do candidato¹⁹⁴.

Sabe-se que o direito ao esquecimento “é aplicado quando se trata de trazer a tona um fato passado que, pelo decurso do tempo e ausência do interesse informativo, não encontra mais razão em ser noticiado”¹⁹⁵. Pergunta-se: o direito ao esquecimento é aplicável no âmbito da propaganda eleitoral? De acordo com a linha de raciocínio expressa nesta dissertação, o direito ao esquecimento não incidiria em favor do candidato na perspectiva da propaganda eleitoral, ao menos não de forma abstrata.

É que informações da vida pública, profissional, familiar, acadêmica e outros aspectos que podem classificar o candidato como apto, preparado e idôneo para o exercício de uma função política merecem publicidade, ressalvadas situações excepcionais em que o interesse público não se encontra presente na divulgação da notícia, a exemplo de questões íntimas sem qualquer correlação com a capacidade de administrar os interesses dos cidadãos que lhe confiaram a representação.

Não obstante a inevitável exposição da figura do candidato a cargo ou mandato político, sobretudo quando em campanha eleitoral, não se pode negar aos direitos da personalidade previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, a sua natureza de direito individual e subjetivo do cidadão em relação a outro cidadão e ao próprio Estado.

Registre-se que, apesar de não possuir um viés coletivo na tutela do direito de personalidade do candidato, é relevante mencionar que a divulgação de certas informações a respeito do candidato é de interesse público e, portanto, o direito à informação do eleitor há de prevalecer sobre o direito à imagem do candidato.

O aperfeiçoamento do processo democrático, que impõe uma candidatura vinculada a partidos políticos e veda a candidatura avulsa, requer a avaliação da veracidade do discurso e da honestidade do candidato em suas propostas e afirmativas, sob pena de se reduzir ainda mais a legitimidade (consenso) do processo eleitoral.

A ponderação de valores constitucionais e a argumentação jurídica não são capazes de apresentar uma única resposta correta a uma colisão de direitos fundamentais. Luís

¹⁹⁴ VENDRUSCOLO, Mariana Tagliari; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Políticos candidatos e o direito ao esquecimento – possibilidade de aplicação na propaganda eleitoral obrigatória no rádio e televisão. Revista da ESMEC, v. 21, n. 27, 2014, p. 59.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 64.

Roberto Barroso defende que “a legitimação da decisão virá de sua capacidade de convencimento, da demonstração lógica de que ela é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto*”¹⁹⁶.

Ao comentar possível colisão entre o direito à imagem e o direito à informação, Luiz Alberto David Araújo¹⁹⁷ salienta que o bem jurídico “imagem” seria prevalecente sobre o bem jurídico “informação”. Em suas palavras, a ressalva do artigo 220, § 1º da Constituição Federal¹⁹⁸ insere o direito à imagem como destaque sobre o direito à informação. É o que se poderia chamar de ônus argumentativo a favor do direito à imagem, de modo que aquele que pretende afastá-lo deve percorrer determinadas regras da argumentação.

Entretanto, reconhece o citado professor que “o interesse do indivíduo não pode prevalecer sobre o social, desde que haja motivo suficiente e necessário para a divulgação da imagem”¹⁹⁹, a exemplo de atividades investigatórias do Estado.

Com isso, é possível concluir que, na linha de raciocínio de Luiz Alberto David Araújo, o direito à imagem do candidato apenas prevalecerá sobre o direito à informação do eleitor se o conflito possuir um viés privatístico ou individual. No caso em que se opõem o direito à informação do eleitor na ótica de um interesse público/coletivo e o direito à imagem do candidato sob a perspectiva individual, a solução se dará em favor da coletividade e do acesso à informação essencial para a formação da convicção popular para a tomada de uma decisão consciente acerca dos seus representantes.

Ao afirmar que a análise da liberdade de expressão na propaganda eleitoral deve “extrapolar o âmbito individual”²⁰⁰, Eneida Desiree Salgado conclui que o valor da liberdade deve ser lido de acordo com o princípio da igualdade e, por isso, consentaneamente ao ideal republicano e ao estado democrático de direito.

Outra hipótese que pode relativizar a proteção da imagem é o interesse da história. Certas pessoas, ainda que vivas, simbolizam uma importância para a história de um país e a publicação de sua imagem não pode ser impedida se o contexto da informação remeter a esse

¹⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 386.

¹⁹⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 74.

¹⁹⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

¹⁹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 86-87.

²⁰⁰ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 259.

papel de contribuição. Porém, registre-se que o texto há de se limitar à matéria específica e mediante a correta informação histórica.

Ainda como motivo para a limitação do direito à imagem está o interesse do noticiário pelas denominadas figuras públicas. São pessoas que, em razão de um diferencial (artístico, político, esportivo etc), “projetam a sua personalidade para além das barreiras individuais, passando a ser objeto de interesse público, interesse de toda a comunidade”²⁰¹.

Marilena Chauí entende que há alguns obstáculos para a concretização da cidadania e da democracia no Brasil. Dentre esses obstáculos, a pesquisadora cita a indistinção entre o que é público e o que é privado sob a perspectiva da vida social e da política. Não há percepção do recurso público como bem comum e, até pelo fato de a política ainda ser oligárquica e excludente, a corrupção praticada pelos governantes e parlamentares é considerada natural, ainda que eticamente reprovável e imoral. Ademais, em seu estudo, salienta que “não há percepção social de uma esfera pública das opiniões, da sociabilidade coletiva, da rua como espaço comum, assim como não há a percepção dos direitos à privacidade e à intimidade”²⁰².

A indústria política reforça essa indistinção entre o público e o privado no imaginário do eleitor, em especial por meio da utilização de procedimentos da sociedade de consumo e da cultura do espetáculo. Para alcançar a venda da imagem do político enquanto figura privada, a grande mídia reduz o cidadão à figura de consumidor, de maneira a expor características físicas, preferências sexuais, hábitos cotidianos e familiares para classificar um candidato a cargo ou mandato político como um bom nome para a vida pública.

A propósito, há de se ressaltar que a democracia não se fortalece com campanhas eleitorais inseridas em forte aparato de “marketing” comercial, mas se enfraquece com apelos à irracionalidade de mensagens que apenas visam o voto e não o esclarecimento do eleitor. Não obstante, ainda se deve apontar os altos custos de uma campanha eleitoral que afastam do debate e da disputa candidatos sem recursos financeiros²⁰³.

Outro ponto a se destacar como obstáculo ao desenvolvimento de uma sociedade democrática é a existência de bloqueios em relação à esfera pública de opinião como expressão dos interesses e dos direitos de grupos e classes sociais diferenciados ou antagônicos. Não se trata de um espaço vazio, mas sim um espaço articulado por grupos

²⁰¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 88.

²⁰² CHAUI, Marilena. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. TEIXEIRA, Ana Cláudia. Os sentidos da democracia e da participação. São Paulo: Instituto Pólis, 2005, p. 26-27.

²⁰³ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 262.

dominantes que pretendem monopolizar a produção e a circulação da informação. Conforme aponta Marilena Chauí, essa informação de mão única divulgada por meios de comunicação em massa acarreta uma inegável alienação social e exclusão política e cultural entre as classes populares:

Essas ações fazem prevalecer a informação de mão-única, veiculada pelos meios de comunicação de massa, que universalizam para todas as classes sociais os interesses e privilégios da classe dominante, operando como contra-informação, alimentando e reforçando o processo de alienação social e política das demais classes sociais, identificadas com valores, idéias, comportamentos e interesses dos dominantes.

Esses obstáculos à cidadania e à democracia fincam suas raízes nas condições materiais de existência e, portanto, naquilo que é a marca da sociedade brasileira: a desigualdade econômica e social, a exclusão política e cultural e a violência como forma natural das relações econômicas e sociais²⁰⁴.

Ainda, propositalmente dirigida e manipulada, a propaganda que atinge a consciência pública do cidadão pelos meios de comunicação social patrocinados pela classe dominante desvirtua a democracia e retira do mandato representativo suas características republicanas em um ato usurpatório de “confisco da vontade popular e transmutação da chamada democracia representativa em um simulacro de governo popular”²⁰⁵.

Esse cenário de alienação do eleitor leva ao enfraquecimento ou desaparecimento da Política como espaço de discussão de questões relevantes aos cidadãos de uma sociedade. Os problemas privados não perdem sua natureza individual pelo simples fato de serem expostos ao público em uma notícia ou propaganda eleitoral. Cada vez mais, problemas pessoais e particulares de figuras públicas são tratados como questões públicas, o que leva “o interesse público na boa sociedade, na justiça pública ou na responsabilidade coletiva pelo bem-estar individual”²⁰⁶ ao esquecimento.

À medida em que o domínio da política se aproxima dos limites das confissões e exposições públicas da intimidade, com a visão de uma sociedade boa e justa ausente do discurso político, não causa surpresa que os eleitores “se tornem espectadores passivos de uma personagem política que lhes oferece para consumo suas intenções e sentimentos em lugar de seus atos”²⁰⁷.

²⁰⁴ CHAUI, Marilena. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. TEIXEIRA, Ana Cláudia. Os sentidos da democracia e da participação. São Paulo: Instituto Pólis, 2005, p. 27.

²⁰⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, p. 45.

²⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 91.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 137.

A título de nota de esclarecimento e para não relativizar os critérios para a candidatura a cargo ou mandato político, esta dissertação considera que as questões pessoais de um candidato que não merecem publicidade são apenas aquelas que tenham o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor axiológico, e não todas as questões de sua vida privada que, como dito alhures, podem sim ser relevantes à escolha de um candidato para representar o eleitorado.

Como exemplo de uma questão pessoal não sujeita à veiculação em propaganda eleitoral tem-se a divulgação de um fato violento em que o candidato figurou como vítima. Em casos tais, a informação possui nítido caráter de constrangimento e deve ser suspensa pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, se o candidato possui um histórico de agressões físicas e morais às mulheres, pensa-se que a divulgação dessa informação tem o condão de melhor esclarecer o eleitorado acerca da personalidade de determinado candidato. Nesse caso, apesar de se originar na individualidade do candidato, a informação detém natureza de interesse público para a coletividade de eleitores.

Com efeito, os próprios candidatos reconhecem a necessidade de se apresentar ao eleitor não só como bom profissional e bom gestor, mas também como bom integrante de uma família e como pessoa sensível às angústias alheias. E isso é demonstrado, em regra, no início do período de propaganda eleitoral.

Diante do que foi exposto, defende-se aqui que a imagem-atributo do indivíduo não pode ser violada por decisões que não apresentam um discurso racional e, portanto, meios de controle jurídico. Para que o direito à informação do eleitor prevaleça sobre o direito à imagem do candidato, a informação a ser publicada deve apresentar relevância pública em sua transmissão indiscriminada, o que exige certo rigor na avaliação pelo Poder Judiciário.

Entretanto, atuações como a do Tribunal Superior Eleitoral no julgamento da Representação n. 165.185, em 16 de outubro de 2014, devem ser evitadas, sob pena de se estabelecer uma censura prévia sobre o conteúdo da propaganda eleitoral e, assim, afrontar os ideais republicano e democrático.

A propósito, o próprio Tribunal Superior Eleitoral, em 30 de setembro de 2014, julgou improcedente uma representação que tinha como objeto a menção a um caso de corrupção na empresa estatal Petrobras, inclusive com insinuações sobre outro caso de corrupção conhecido no Brasil como “Mensalão”.

No caso citado, o Poder Judiciário entendeu pela não concessão do direito de resposta, sob o fundamento de que “não caracteriza fato sabidamente inverídico crítica à

administração baseada em fatos noticiados pela imprensa” e de que a mensagem, para ser considerada como sabidamente inverídica, “deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias”²⁰⁸.

Considerando que fatos de corrupção apurados pelo sistema judiciário e levados a público pela imprensa são relevantes para a construção e manutenção de instituições democráticas, esta dissertação se alinha ao entendimento anterior do Tribunal Superior Eleitoral.

Dessa forma, desde que relevante ao conhecimento do cidadão para formação da opinião pública “livre” e obtida por meio lícito, a informação a respeito de candidatos ou exercentes de mandatos ou cargos políticos há de ser disponibilizada em um estado democrático de direito.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 126.713, Acórdão de 30.09.2014, Relator(a) Min. ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30.09.2014. Disponível em: < <http://www.tre-ba.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 25 jan. 2017.

CONCLUSÕES

Após a exposição do referencial teórico sob a ótica de uma teoria democrática, bem como do estudo aprofundado do direito à informação e do direito à imagem na perspectiva eleitoral, podem ser apresentadas as seguintes conclusões:

1. Para compreender a democracia participativa é preciso que os sentidos abstratos de democracia, de soberania popular e do ideal republicano estejam consolidados através de práticas sociais que aproximem o cidadão-eleitor da sua realidade local. Se isso não ocorre ou, ainda, ocorre de maneira incompleta, a aplicação do sentido concreto fica prejudicada;

2. Apesar de sua influência no processo eleitoral, vive-se um colapso das grandes narrativas e dos projetos totalizantes, ao passo que cresce a importância do indivíduo que pensa, delibera e participa de decisões coletivas e, por isso, possibilita a revitalização da democracia e da política. O desafio dos dias atuais não é o de encontrar um paradigma unificador, mas de adotar mecanismos para a convivência da diversidade, sobretudo porque a pluralidade é uma característica humana e não um problema;

3. Não existe a possibilidade de compreensão imediata das coisas, pois a compreensão é mediada pela linguagem. E, no âmbito da propaganda eleitoral, a linguagem utilizada para seduzir o eleitor pode ser escrita ou visual, de modo a criar em sua consciência um estímulo emocional para optar por um candidato dentre vários;

4. A hermenêutica se apresenta como uma narrativa interessante em razão de sua abertura para a historicidade do homem e para a circularidade de toda autocompreensão. A perspectiva hermenêutica não descobre verdades, mas produz verdades a partir de uma interpretação historicamente condicionada. De acordo com o objeto de estudo desta dissertação, a verdade a ser produzida mediante o diálogo e o debate de ideias políticas entre eleitores, candidatos e partidos políticos passa por um condicionamento espaço-temporal da sociedade de que se fala. Hoje, o sistema brasileiro adota a democracia representativa e passa por uma crise de legitimidade. Este é o contexto para que as propostas de candidatos tenham a capacidade de convencer o eleitorado de que ainda é possível acreditar no atual sistema de representação política;

5. A crítica é elemento indispensável à construção da cidadania e, por isso, o juiz deve expor as razões pelas quais decide um processo de determinada maneira, em atenção aos princípios da transparência e da segurança jurídica. Diante dessa pluralidade do perfil do cidadão e do eleitor, seja para efeito de analisar o conteúdo de uma sentença, seja para compreender a mensagem de uma propaganda eleitoral, o discurso deve ter natureza reflexiva;

6. A relação entre *ethos* (orador), *pathos* (auditório) e *logos* (linguagem) está presente na análise do conteúdo da propaganda eleitoral. O *ethos* é a característica presente no orador que inspira confiança do público alvo, ao passo que *pathos* simboliza o conjunto de emoções despertado no auditório pelo discurso do orador. Por sua vez, *logos* representa o conteúdo da argumentação ou da mensagem, um lugar privilegiado em que se coloca o problema e a justificativa racional para sua solução. No âmbito da propaganda eleitoral, o candidato se investe na função de orador e veicula seu discurso (linguagem) – em certas situações, narrativas totalizantes e de exclusão de grupos minoritários – ao eleitor que integra o seu auditório;

7. A informação veiculada por meio da propaganda eleitoral possui a tendência ao discurso genérico e abstrato, ao invés de um discurso concreto, pontual e específico que relacione problemas e respectivas soluções para a população. Esse cenário contribui para o sentimento de apatia popular e desengajamento político do cidadão. As sociedades reconhecidas como exemplos de democracia são aquelas em que o cidadão participa ativamente das decisões que afetam a localidade em que exerce suas principais atividades – o chamado sistema de comunas;

8. O texto referente aos direitos fundamentais é instrumento que vincula a argumentação por meio de um ônus argumentativo a seu favor, inclusive a considerar o contexto histórico, social e político em que se reconheceu a nota da sua fundamentalidade. Justamente para analisar se as finalidades supraindividuais dos direitos fundamentais são observadas – a presença do interesse público nas promessas registradas em propaganda eleitoral –, deve-se verificar se a argumentação utilizada se aproxima dos valores democráticos vigentes em sociedade;

9. Para o desenvolvimento da cidadania é preciso que o indivíduo tenha à sua disposição informações não só sobre seus direitos, mas também sobre assuntos relacionados à coletividade e ao Estado. Pensa-se que a soberania do povo deve ser entendida como elemento da democracia participativa, sobretudo para aferir o efetivo interesse do cidadão não só por direitos de natureza individual, mas também por angústias de um corpo coletivo do qual faz parte e de que depende o futuro da democracia;

10. A Constituição possui um conteúdo republicano pelo fato de que um conjunto de cidadãos compartilha um mesmo passado e, em tese, um mesmo destino, de tudo a revelar a existência de um sentimento de solidariedade e de responsabilidade pelas decisões coletivas. O texto constitucional não se define por concepções axiológicas totalizantes, mas permite a convivência de projetos de alteração da realidade política e social;

11. O que se exige do cidadão/eleitor não se resume à escolha de candidatos pelo voto periódico e uma vigilância superficial de suas atividades, mas sugere uma democracia que ultrapassa o período eleitoral e uma opinião pública além do resultado das urnas e das pesquisas de opinião;

12. A decisão do poder judiciário que condena o agente público à perda do cargo e, conseqüentemente, do poder resulta em sanção que, a depender do caso, é irreversível para a imagem pública do indivíduo;

13. A constituição deve possuir legitimidade democrática consistente na adesão voluntária e espontânea de seus destinatários a fim de instituir consensos mínimos, sobretudo mediante estímulo ao pluralismo político e à participação popular, para efeito de salvaguardar direitos e garantias fundamentais em relação a decisões ocasionais de uma maioria política;

14. O direito de informação é pressuposto da cidadania, pois a efetiva participação popular nos assuntos de interesse público depende de uma compreensão mínima do cidadão sobre eventual decisão política do Estado e suas conseqüências para a coletividade;

15. Salvo raras exceções previstas no ordenamento jurídico, o direito à informação é direito fundamental do cidadão que deve ser assegurado a fim de robustecer a incidência de outros direitos igualmente fundamentais, como é o caso da democracia em sua vertente participativa;

16. A cidadania é um direito fundamental que se realiza por meio da transparência e divulgação de informações de interesse público/coletivo (verdade), da adesão consensual e solidária dos cidadãos em prol de um bem maior (consenso) e da interação dos cidadãos na construção e aperfeiçoamento das instituições democráticas (participação);

17. A evolução histórica da democracia, sobretudo por meio do acesso à informação, possibilita o desenvolvimento de um conceito de cidadania mais coerente com a soberania popular;

18. Sem o livre fluxo de informações e ideias, o cidadão não pode emitir opiniões embasadas sobre o seu governo, os representantes eleitos, as políticas públicas e outros temas de interesse social, em evidente prejuízo ao exercício da cidadania e, por conseguinte, da própria democracia;

19. A legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo é democrática e de representação política, enquanto que a legitimidade do Poder Judiciário é argumentativa. Desse modo, o discurso racional é elemento de pacificação social que procura afastar decisões judiciais arbitrárias e fundadas simplesmente na autoridade;

20. O discurso requer uma democracia deliberativa, cujo plano de interesses e de poder deve ser justificado por argumentos de todos os participantes que lutam por uma solução política correta, o que confere à democracia deliberativa a possibilidade de uma racionalidade discursiva. Para tanto, deve ser desenvolvida a ideia de que os candidatos são adversários e não inimigos entre si, de maneira a esclarecer ao eleitor sobre propostas que pretendem adotar, além de atributos pessoais que lhe qualificam como o melhor candidato a ser escolhido pelo povo para fins de representação política;

21. A vida em coletividade trouxe a necessidade de se criar mecanismos de reconhecimento e de proteção dos direitos da personalidade. Ao longo do período eleitoral, as disputas são acirradas e, algumas vezes, desonestas do ponto de vista da retórica;

22. O interesse dos veículos de comunicação social não se limita ao visual das pessoas (imagem-retrato), mas também abrange o conjunto de características do indivíduo em relação ao seu meio social (imagem-atributo);

23. A sociedade atual é uma sociedade de massas e, até mesmo por isso, a mensagem veiculada em propaganda eleitoral deve ser simples para atingir o maior número de eleitores. E a mensagem mais simples de um candidato a cargo ou mandato político é justamente a sua imagem, por meio de traços físicos e de comportamentos com os quais o eleitorado se identifica;

24. A candidatura a cargo ou mandato político torna o candidato figura pública e possibilita a relativização de alguns direitos individuais. Contudo, a imagem-atributo do indivíduo não pode ser violada por decisões que não apresentam um discurso racional e, portanto, meios de controle jurídico;

25. A informação sobre candidatos ou exercentes de mandatos ou cargos políticos deve ser disponibilizada ao público para construir um cenário de livres debates e de formação da opinião pública em prol da democracia, desde que a informação seja relevante para esse específico fim;

26. A imagem do candidato a cargo ou mandato eletivo representa muito mais o interesse público em conhecer características que transmitam a aptidão ao exercício da representação do cidadão do que o interesse particular do candidato em proteger sua intimidade e privacidade;

27. Informações sobre a atuação pública, partidária e política são devidas aos eleitores, na medida em que opiniões expressadas em questões relevantes para a localidade, condutas, atitudes, avaliações feitas pelos cargos e mandatos já exercidos, lisura, probidade

são aspectos que despertam interesse do eleitor. Estes dados são fundamentais para que se tenha um panorama geral da conduta do candidato;

28. A simples presença de crítica a candidato em propaganda eleitoral, desde que relevante para a formação da convicção do eleitor – por exemplo, se fundada em fatos negativos públicos e notórios de gestões anteriores ou, ainda, em existência de processos judiciais que afetem a idoneidade para o exercício de função pública –, não configura violação à imagem do candidato, mas sim a realização do direito à informação do eleitor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

ARAS, Augusto. **Fidelidade partidária: efetividade e aplicabilidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

_____. **Fidelidade e ditadura (intra) partidárias**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2010.

_____. **Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARREIROS NETO, Jaime. **Fidelidade Partidária**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos de personalidade**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre os partidos políticos. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

_____. Lei nº 9.265, 1996. Dispõe sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9265.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016..

_____. Lei nº 12.527, de 2011. Regulamenta os procedimentos de acesso à informação. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L12527.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 2015. Novo Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L13.105.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. MS 28178, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04.03.2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07.05.2015 PUBLIC 08.05.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n. 26.604/DF, Relator(a) Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 03.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 20 jan. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 128883 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 18.06.2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 22.06.2015 PUBLIC 23.06.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. **Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal**. RRP 275984, Rel. Teófilo Rodrigues Caetano Neto, DJe 13.09.2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte**. Recurso na Representação n. 8.701, Acórdão n. 8701 de 01.10.2008, Relator Juiz Claudio Manoel de Amorim Santos. Disponível em: <<http://www.tre-rn.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Representação nº 165865, Acórdão de 16.10.2014, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA NETO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 16.10.2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Representação nº 126713, Acórdão de 30.09.2014, Relator(a) Min. ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30.09.2014. Disponível em: < <http://www.tre-ba.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 25 jan. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANELA, Guilherme; NASCIMENTO, Solano. Acesso à informação e controle social das políticas públicas. Brasília: **ANDI**; Artigo 19, 2009. Disponível em: <<http://www.andi.org.br/politicas-de-comunicacao/publicacao/acesso-a-informacao-e-controle-social-das-politicas-publicas>>. Acesso em 18 set. 2015.

CARVALHO, Nelly de. **Publicidade**: a linguagem da sedução. São Paulo: Ática, 2004.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rev. Isabela Machado de Oliveira Fraga. 1. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CERQUEIRA, Ermelino Costa. Liberdade de expressão, ADPF nº 130 e censura judicial: vácuo legislativo. **Temas de Direito Constitucional**: estudos em homenagem ao prof.º Carlos Rebelo Júnior. Organizador: Ubirajara Coelho Neto. Aracaju: Evocati, 2013.

CHAUÍ, Marilena. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. TEIXEIRA, Ana Cláudia. **Os sentidos da democracia e da participação**. São Paulo: Instituto Pólis, 2005. Disponível em: < <http://www.polis.org.br/uploads/1006/1006.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB.

COSTA, Alexandre Bernardino. O desafio do Poder Constituinte. RIBAS, L. O. **Constituinte Exclusiva**: um outro sistema político é possível. São Paulo, Expressão Popular, 2014.

CRUZ, Flávio Antônio da. Provocações sobre a Hermenêutica Constitucional. In CLÉVE, Clemerson Merlim. **Constituição, democracia e justiça**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1: teoria geral do Direito Civil. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEIREDO, Marcus et al. Estratégias de persuasão eleitoral: uma proposta metodológica para o estudo da propaganda eleitoral. **Opinião Pública**, Campinas, vol. IV, n. 3, 1997, p. 182-203.

FIGUEIREDO, Rubens. O marketing político: entre a ciência e a falta de razão. In: FIGUEIREDO, Rubens (Org.). **Marketing político e persuasão eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Wilson. **Transformações da política na era da comunicação de massa**. São Paulo: Paulus, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LEHNEN, Leila. Apresentação: narrativas fora do lugar. **Estudos de Literatura Brasileira Contemporânea**. Brasília: UNB, n. 45, jan/jun 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-40182015000100013>. Acesso em: 19 jan. 2017.

MARIETTO, Carlos Eduardo Bruno. **Fidelidade partidária**: fim do troca-troca. In: Informativo Jurídico Consulex, Brasília, v. 16, n. 9, 4 mar. 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba: UFPR, n. 25, novembro de 2005. Disponível em: <

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200003>.
Acesso em: 18 jan. 2017.

MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROCHA, Eduardo Gonçalves. **Teoria constitucional-democrática e subjetividade: problematizando o sujeito de direito**. 2013. 208 f. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – UNB.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. 2010. 356 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Abuso do poder nas eleições**. Salvador: Juspodivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à Intimidade e à Liberdade de Informação Jornalística após a EC No. 45/04. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n.13, p. 187, abril/junho, 2006.

SOARES, Andrea Antico; RIGOLDI, Vivianne. O Constitucionalismo do futuro de José Roberto Dromi: Questões acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal. **Revista “Em Tempo”**, Marília, v. 12, 2013.

SORJ, Bernardo; OLIVEIRA, Miguel Darcy de. **Sociedade civil e democracia na América Latina: crise e reinvenção da política**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2007.

SOUZA, Marcelo Serrano; CAVALCANTE, Vinícius Rodrigues. O direito à imagem no processo eleitoral democrático sob a ótica da argumentação jurídica e do discurso racional. In: **Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Florianópolis: Conpedi, V Encontro Internacional do Conpedi – Montevideú/Uruguai, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/25ph1zi5/c9iTDuN2rmwgTKU5.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

SOUZA, Rubens Hess Martins de. Discurso decisório e democracia: uma perspectiva retórica. In. CLÉVE, Clemerson Merlim. **Constituição, democracia e justiça**: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Juridificação constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América** – leis e costumes. Livro I. trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Igualdade social e liberdade política**. Tradução de Cícero Araújo. São Paulo: Nerman, 1988.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber Moura de. **Elementos de Direito Eleitoral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENDRUSCOLO, Mariana Tagliari; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Políticos candidatos e o direito ao esquecimento – possibilidade de aplicação na propaganda eleitoral obrigatória no rádio e televisão. **Revista da ESMEC**, Florianópolis, v. 21, n. 27, 2014.